

DER BETRIEBSZWANG IM BERGRECHT

DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Inauguraldissertation zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Rechts- und
Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von
Werner Wenzel
aus Essen
Jahr 1967

DER BETRIEBSZWANG IM BERGRECHT

DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Inauguraldissertation zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Rechts- und
Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von
Werner Wenzel
aus Essen
Jahr 1967

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Boldt

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Dekan: Prof. Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 9. März 1967

I n h a l t

Abkürzungen

Schrifttum

- I. Geschichtliche Entwicklung des Betriebszwangs
- II. Der Betriebszwang im gegenwärtigen Bergrecht
 1. Die berggesetzlichen Regelungen
 2. Derogation landesrechtlicher Betriebszwangsvorschriften durch das Reichsgesetz zur Erschließung der Bodenschätze
 3. Umfang der Ablösung des Landesrechts
 4. Die Gesetzgebung nach Erlass des Bodenschätze-gesetzes
- III. Die Voraussetzungen der Betriebspflicht des Bodenschätzegesetzes
 1. Der Kreis der Verpflichteten
 2. Die Art der Verpflichtung
 3. Der Eintritt der Betriebspflicht
 4. Der Inhalt einer Betriebsanordnung
 5. Die Wirkung des Betriebszwangs
- IV. Die Verfassungsmäßigkeit des Betriebszwangs
 1. Stand der Meinungen
 2. Die Reichweite des Eigentumsschutzes
 3. Der Inhalt der Bergbauberechtigung
 4. Der Betriebszwang als Eigentumsbindung nach der Einzelaktstheorie des Bundesgerichtshofes
 5. Die Rechtfertigung des Betriebszwangs als Eigentumsbindung nach anderen Abgrenzungstheorien
 6. Der Betriebszwang als Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit

V. Die Durchsetzung des Betriebszwangs

1. Gesetzliche Vorschriften
2. Die Entziehung des Bergwerkseigentums
3. Die Rechtfertigung der Entziehung als Eigentumsbindung
4. Das Erlöschen abgeleiteter Bergbauberechtigungen
5. Das Ruhen sonstiger Bergbauberechtigungen
6. Der Zwangsbetrieb
7. Der Rechtsweg

VI. Der Betriebszwang im Entwurf eines Bundesberggesetzes von Isay

1. Der Kreis der Verpflichteten
2. Art und Inhalt der Verpflichtung
3. Die Durchsetzung des Betriebszwangs

VII. Der Betriebszwang in der geplanten Bergrechtsreform

1. Die Vorschläge
2. Kritik

VIII. Zusammenfassung und Ergebnis



Abkürzungen

ABG	Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. Februar 1794
BayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts
Begründung	Begründung zum Gesetz zur Erschließung von Bodenschätzen. ZfB 77, S. 311
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
Bodenschätze- gesetz	Gesetz zur Erschließung von Bodenschätzen vom 1. Dezember 1936
BSNW	Sammlung des bereinigten Landesrechts für das Land Nordrhein-Westfalen
Entwurf	Gesetzentwurf betreffend Abänderung der §§ 65, 156 bis 162, 207a des Allgemeinen Berggesetzes ... vom 23. September 1899. ZfB 46, S. 148
Erlaß	Erlaß des Reichs- und Preußischen Wirtschaftsministers vom 16. Februar 1937 - III 866/37 - betreffend Ausführung des Gesetzes zur Erschließung von Bodenschätzen. Auszug. ZfB 78, S. 17
GVBl. 1966, Sondernummer Pfalz	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Rheinland-Pfalz, Sondernummer (Nr. 1a) "Sammlung des bereinigten bayerischen Rechts für den Regierungsbezirk Pfalz 1814 - 1845"
Motive	Motive zum Entwurf eines Allgemeinen Berggesetzes. ZfB 6, S. 55
RGBI.	Reichsgesetzblatt
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

Schrifttum

A. Bergrechtliches Schrifttum

I. Lehrbücher, Kommentare, Textausgaben

- Adolf Arndt, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 8. Aufl., Berlin 1914
- Gerhard Boldt, Das Allgemeine Berggesetz, Münster 1948
- Brassert-Gottschalk, Das Allgemeine Berggesetz, 2. Aufl., Bonn 1914
- Dapprich-v.Schlütter, Leitfaden des Bergrechts, 6. Aufl., Essen 1962
- Herbert Ebel, Preußisches Allgemeines Berggesetz, Berlin 1944
- Ebel-Weller, Das Allgemeine Berggesetz, 2. Aufl., Berlin 1962
- Heller-Lehmann, Deutsche Berggesetze, Textsammlung
Band I und II, Essen, Stand 1. Februar 1965
- H. und R. Isay, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, Band I und II, Mannheim-Berlin-Leipzig 1919 und 1920
- Kiessling-Ostern, Bayerisches Berggesetz, München 1953
- R. Klostermann, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 3. Aufl., Berlin 1911
- Klostermann-Thielmann, Allgemeines Berggesetz, 6. Aufl., Berlin 1911
- Miesbach-Engelhardt, Bergrecht, Berlin 1963
- Müller-Erbach, Das Bergrecht Preußens, Stuttgart 1917
- Nothaas-Miesbach, Das Bayerische Berggesetz, München-Berlin-Leipzig 1927
- Reuß-Grotefend, Das Preußische Berggesetz, 9. Aufl., Berlin 1943
- Reuß-Grotefend-Dapprich, Das Allgemeine Berggesetz, 11. Aufl., Köln-Berlin 1959
- Raimund Willecke, Grundriß des Bergrechts, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958

II. Einzelschriften

- Gerhard Boldt, Staat und Bergbau, München und Berlin 1950
- Hermann Brassert, Bergordnungen der Preußischen Lande, Köln 1858
- Hubert Ermisch, Das Sächsische Bergrecht des Mittelalters, Leipzig 1887
- Rudolf Isay, Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts, München und Berlin 1952

- Rudolf Isay, Der Geist des heutigen deutschen Bergrechts,
München und Berlin 1953
- Rudolf Isay, Entwurf eines Bundesberggesetzes,
München-Berlin 1954
- Martins, Die in der Königl. Preußischen Rheinprovinz
gültigen Französischen Bergwerks-Gesetze,
Decrete und Instructionen, Koblenz 1836
- Joseph von Sperges, Tyrolische Bergwerksgeschichte,
Wien 1765
- Adolf Zycha, Das böhmische Bergrecht des Mittelalters,
Band II: Die Quellen des Iglauer Bergrechts,
Berlin 1900

III. Zeitschriftenaufsätze

- Heinrich Achenbach, Das französische Bergrecht, ZfB 9,
S. 244
- Rudolf Klapper, Reichsbergrecht, ZfB 78, S. 347
- Rudolf Klapper, Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts,
ZfB 94, S. 68
- Erich Krautschneider, Die bergrechtlichen Nebengesetze,
ZfB 97, S. 91
- Erich Krautschneider, Zersplitterung des Bergrechts,
ZfB 99, S. 339
- Erich Krautschneider, Das bereinigte Bergrecht in
Nordrhein-Westfalen, Bergfreiheit 1962
S. 181
- Hans-Wilhelm-Schulte, Berggesetz und Verwaltungsgerichts-
barkeit in Nordrhein-Westfalen, Glückauf
1953, S. 264
- Harry Westermann, Rechtsprinzipien des Allgemeinen Berg-
gesetzes, ZfB 106, S. 122
- Westhoff-Schlüter, Geschichte des deutschen Bergrechts,
ZfB 50, S. 27
- Raimund Willecke, Gedanken zu einem Bundesberggesetz,
Kritische Bemerkungen zum Isayschen Entwurf,
Bergbauwissenschaften 1961, S. 73
- Raimund Willecke, Das Bergrecht Preußens in wirtschaft-
licher Sicht, ZfB 106, S. 134
- Karl-Otto Zimmer, Die Bergbauberechtigung, Glückauf 1955
S. 524

B. Sonstiges Schrifttum

I. Schrifttum zur Reichsverfassung von 1919

- Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches,
14. Auflage, Berlin 1933, Neudruck 1960
- Ludwig Gebhard, Handkommentar zur Verfassung des deutschen
Reiches, München 1932
- Friedrich Giese, Verfassung des Deutschen Reiches,
Berlin 1931
- Ernst-Rudolf Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen
Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939
- Otto Koellreuter, Deutsches Verfassungsrecht, Berlin 1935
- Heinrich Krüger, Staatsbürgerkunde des Dritten Reiches,
Berlin 1935
- Meißner-Kaisenberg, Staats- und Verwaltungsrecht im
Dritten Reich, Berlin 1935
- Helmut Nicolai, Der Neuaufbau des Reichs nach dem Reichs-
reformgesetz vom 30. Januar 1934, Berlin 1934
- Fritz Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung,
Berlin 1928
- Fritz Poetzsch-Heffter, Vom Deutschen Staatsleben,
Tübingen 1935

II. Staats- und Verwaltungsrechtliches Schrifttum

- Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I,
8. Auflage, München-Berlin 1961
- Andreas Hamann, Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage,
Neuwied-Berlin 1961
- Ernst-Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Tübingen, Band I 1953, Band II 1954
- Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Auflage,
unveränderter Neudruck Offenburg 1948
- von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz
2. Auflage, Berlin und Frankfurt, Band I 1957,
Band II 1964
- Rudolf Reinhardt, Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen,
gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über
Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen
In: Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des
Eigentums, Tübingen 1954
- Rolf Stödter, Die öffentlich-rechtliche Entschädigung,
Hamburg 1933

Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 3. Aufl.
München und Berlin 1963

Werner Weber, Eigentum und Enteignung, In: Neumann-
Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
Handbuch der Theorie und Praxis der
Grundrechte, Band II 1954, S. 331

Hanns J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 6. Auflage,
München-Berlin 1965

III. Übriges Schrifttum

Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,
8. Auflage, München-Berlin 1960

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearbeitet
von Danckelmann, Gramm, Hoche, Keidel,
Lauterbach, 24. Auflage, München und Berlin
1965

IV. Zeitschriftenaufsätze

W. Schelcher, Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Ent-
eignung, AöR Band 18 (N.F., 1930) S. 321

Rolf Stödter, Über den Enteignungsbegriff, DÖV 1953,
S. 97 und 136

Düren-Struckmann, Gesetz zur Vereinigung des in NRW
geltenden Preußischen Rechts, NJW 1962, S.527

C. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen

Zeitschrift für Bergrecht (ZfB). Köln - Bonn -
Berlin - München seit 1860

Berg- und Hüttenmännische Zeitschrift "Glückauf"
(Glückauf). Essen seit 1864

Bergfreiheit. Zeitschrift für den deutschen Bergbau.
Essen seit 1935

Die Bergbauwissenschaften. Organ für den gesamten
Bergbau und seine Grenzgebiete (Bergbauwissen-
schaften). Goslar seit 1954

Archiv des öffentlichen Rechts (neue Folge) (AÖR).
Tübingen seit 1921

Neue Juristische Wochenschrift (NJW). München -
Berlin - Frankfurt seit 1948

Die öffentliche Verwaltung (DÖV). Stuttgart und
Köln seit 1948

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
(BVerfGE). Tübingen seit 1952

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivil-
sachen (BGHZ). Detmold - Köln - München - Berlin
seit 1951

Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
(BVerwGE). Berlin seit 1955

I. Geschichtliche Entwicklung des Betriebszwangs

Betriebszwang heißt jene Rechtseinrichtung im Bergbau, die den Bergbauberechtigten zur Gewinnung des ihm zustehenden Vorkommens verpflichtet. Als Freifahrung war der Betriebszwang schon im alten deutschen Bergrecht bekannt. Der Verlust des Gewinnungsrechts - die Freifahrung - trat ein, wenn es nicht ausgeübt wurde.

1) Schon in der Bergwerksordnung des Bischofs Friedrich zu Trient "Carta Laudamentorum et postarum Episcopi facta in facto Arzenterie" aus dem Jahr 1208 wird auch die Freifahrung geregelt:

"Item si quis partem uel puteam ceperit, & illam per unum passum, uel minus duxerit, & postea illam per quindecim dies dimiserit, quod eam non laboret, exinde quicumque illam intromiserit, & laborauerit, sua sit, sine placito, & molestacione aliqua." 1)

Es war keine besonders strenge Regelung. Fünfzehntägiger Nichtbetrieb ²⁾ der weniger als einen Klafter vorgetriebenen Grube bewirkte noch nicht allein den Rechtsverlust. Nach Ablauf dieser Frist konnte aber der bisher Berechtigte von einem anderen Bergbauwilligen aus seiner Rechtsstellung verdrängt werden.

2) In der ersten lateinischen Redaktion (Urkunde A) des Iglauer Bergrechts aus dem Jahr 1249 findet sich folgende Bestimmung:

"§ 7. Item si (sic) mons vel stollo, qui mensurati fuerint et postea deserti, sex diebus dominicis proclamari debet, ut hi, quorum montes sunt, laborent; si vero sexto die dominico transacto non laborauerint,

1) Text bei Sperges, S.267 (270)

2) Nach Westhoff-Schlüter, ZfB 50 S.67, führte allein fünfzehntägiger Nichtbetrieb schon zum Rechtsverlust.

tunc urborarii asumptis juralis proclamatos montes ascendere debent, et si ipsos desertos invenerint, predicti urborarii montes illos libere porrigere possunt, cui volunt." 3)

Wurde der Betrieb trotz öffentlichen Aufrufs an sechs aufeinanderfolgenden Sonntagen nicht aufgenommen, konnte die Gerechtsame anderweit verliehen werden. 4)

3) Die spätere zweite Redaktion(Urkunde B) des Iglauer Bergrechts enthält folgende Vorschriften über die Freifahrung:

"§ 10. Item quilibet mons in VII laneis ad minus tres foreas, in quolibet laneo tres acies, in qualibet concessione unam aciem pro iure suo requiret nec ulterius compellatur. 5)

§ 14. De stollonibus hereditariis (andere Lesart: derelictis). Item mons vel stollo, qui mensurati fuerint et postea deserti visi fuerint, sex diebus dominicis proclamari debent, ut hii, quorum montes fuerint, laborent in eis. Si vero VII (andere Lesart: VI) die dominico transacto non inventi fuerint laborantes, ex tunc urborarii assumtis iuralis proclamatos montes ascendant; et se ipsos desertos invenerint, urborarii montes illos libere porrigere possunt, cui volunt, absque omni impedimento." 6)

In einem Bergwerk mußte also wenigstens ein Ort betrieben werden, wenn die Gerechtsame nicht verloren gehen sollte. 7) Eine andere Regelung galt für die Stollenrechte, die erst nach öffentlichem Aufruf an sechs aufeinanderfolgenden Sonntagen ins Freie fielen.

3) Text bei Zycha II, S. 4

4) Westhoff-Schlüter a.a.O., S.76

5) Text bei Zycha II, S. 10

6) Text bei Zycha II, S. 11

7) Westhoff-Schlüter, ZfB 50, S.78 f., entnehmen dem § 10 der Urkunde B, daß in sieben Lehen zum wenigsten mit drei Örtern ohne Unterbrechung Bergbau betrieben werden mußte. (Forsts.S.3)

4) Auch im älteren Freiburger Bergrecht wird zwischen den verliehenen Bergwerken und den Stollenrechten unterschieden. Nach § 12 der Urkunde A konnte der Bergmeister verliehene Lehen anderweit vergeben, wenn an drei Arbeitstagen hintereinander während der Tagsschicht nicht gearbeitet wurde.⁸⁾ § 21 der Urkunde A bestimmte für die Stollenrechte, daß sie nach sechswöchigem Stillliegen ins Freie fielen.⁹⁾

5) § 17 der späteren Urkunde B des Freiburger Bergrechts bestimmte für die verliehenen Bergwerke das Gleiche wie § 12 der Urkunde A.¹⁰⁾ Stollenrechte gingen nach § 12 der Urkunde B schon dann verloren, wenn nicht mit wenigstens drei Hauern an acht aufeinanderfolgenden Tagen gearbeitet wurde.¹¹⁾

6) Keine Bestimmung über den Betriebszwang enthielt das Goslarer Bergrecht von 1271 "Jura et libertates silvanorum"¹²⁾. Dieses Bergrecht beruhte nicht auf dem Prinzip der Bergbaufreiheit. Es enthielt vielmehr einen Grundeigentümerbergbau, dem das Institut der Freifahrung gewöhnlich fremd ist.

7) Forts.

Nach der bei Zycha II, S.10 abgedruckten deutschen Redaktion dürfte es sich bei den ersten beiden Teilsätzen des § 10 aber wohl um Bestimmungen über die räumliche Aufteilung der Bergwerke handeln, während die Vorschrift über die Freifahrung in den letzten beiden Teilsätzen enthalten ist. Wie Westhoff-Schlüter aber auch Müller-Erzbach S.70 Fußnote 2: "Es mußten aber 21 Örter betrieben werden..."

8) Ermisch S.9

9) Ermisch S. 16

10) Ermisch S.49

11) Ermisch S.45

12) Westhoff-Schlüter ZfB 50, S.94 f.

7) Betriebszwang und Freifahrung sind also Rechtseinerichtungen, die sich schon im mittelalterlichen alpenländischen, böhmischen und sächsischen Bergrecht finden.

Ende des 15. Jahrhunderts erreichten die sächsischen Bergordnungen eine führende Stellung in Deutschland, ¹³⁾ von denen die St. Annaberger aus dem Jahr 1509 als erste gedruckte Bergordnung ¹⁴⁾ besonders zu nennen ist. Sie bestimmte über das Fristen als dem genehmigten Nichtbetrieb von verliehenen Bergwerken:

- Art. 6 "Nach geschehener muttung sal ein itzlicher uffnemer bynnen nechtsvolgenden viertzeihen tagen sein gangk entplossenn, den auch der bergkmeister besichtigen sal, uff das er nicht anders den uff clufften ader gengen vorleyhe. Und wu nach achtung des bergkmeisters der uffnemer bey seiner muttung bliben und eine rechte geburliche maß nach bergkrecht und dyser ordnung einkomen magk, sal der uffnemer bynnen angezeigten viertzeihen tagen um sein lehen uff verordenten leyhtag den bergkmeister nachfolgender weiße leyhen und bestettigen lassen. Unnd weliche muttung ane sunderliche tzulassung des bergkmeisters bynnen viertzeihen tagen wie oben berurt nicht bestettiget wird, sal darnach wider in unsser freyes gefallen sein. Der bergkmeister sal auch ane sunderliche genugsame ursachen der bestettigung keine frist oder nachlassung thun; unnd, ab es notdurfft und billigkeit wurde erfordern, sall es doch uber tzweymal nicht geschehen.
- Art. 27 Der bergkmeister sall nicht leichtlich ane mergkliche notdurfftige unnd nutzliche ursachenn frystung gebenn. So aber aus genugsamen ursachenn in exner tzeche tzweymal frist geben wirdt, sall er furder davon keyns nuttzes mehr gewartten.
- Art. 45 Ein itzlich vorsteher der tzechenn ader schichtmeister sall tzu erhaltung der geschwornen und ander gemeins bergwerks notdurfft von itzlicher tzech, sie werde gebawt oder mit frist erhalten, ¹⁵⁾ alle wochen einen halben tzinßgroschen geben..."

13) Müller-Erzbach, S. 64

14) Müller-Erzbach, S. 65

15) Ermisch, S. 163 (166, 172 u. 177 f.)

Bergwerke, die nicht in Betrieb gehalten wurden, mußten gefristet sein. Das durfte nur in begründeten Fällen und auch nicht mehr als zweimal geschehen. Wurde ohne Fristung der Betrieb eingestellt oder nicht binnen vierzehn Tagen nach der Mutung aufgenommen, fiel das Bergwerk ins Freie zurück.

Durch die Joachimsthaler Bergordnung von 1513, eine fast wörtliche Wiedergabe der St. Annaberger Bergordnung, wurde das sächsische Bergrecht nach West- und Norddeutschland übermittelt, ¹⁶⁾ wo das Preußische Bergrecht seit dem 18. Jahrhundert die deutsche Bergrechtsentwicklung durch die revidierten Bergordnungen für Cleve-Meurs-Mark (1766), durch die nach deren Muster erlassenen Bergordnungen für Schlesien und Glatz (1769), und für Magdeburg-Halberstadt-Mansfeld (1772) und durch den nach dem Vorbild der beiden letzteren erlassenen Theil II Titel 16 des Allgemeinen Landrechts bestimmte. ¹⁷⁾ Das Allgemeine Berggesetz von 1865 als Höhepunkt der preußischen Berggesetzgebung ist eine geschickte Verbindung der deutschen Bergrechtsentwicklung mit den Errungenschaften des französischen Berggesetzes von 1810. ¹⁸⁾ Daß dies auch vom Betriebszwang gilt, zeigt der folgende Überblick über die wichtigsten Betriebszwangsvorschriften der Cleve-Meurs-Märkischen Bergordnung, des Allgemeinen Landrechts und des französischen Bergrechts.

8) Die "Revidierte Berg-Ordnung für das Herzogthum Cleve, Fürstenthum Meurs, und für die Grafschaft Mark" aus dem Jahr 1766 bestimmte "Vom Freimachen und Aufnehmen liegen gebliebener neuen und alten Zechen" in Caput VII, § 1: ¹⁹⁾

16) Müller-Erzbach, S. 65 f.

17) Müller-Erzbach, S. 67 f.

18) Müller-Erzbach, S. 106

19) Brassert, Bergordnungen,
S. 837

"Damit keinem Liebhaber und baulustigem Gewerken das Feld gesperrt werden möge, so soll eine jede Gewerkschaft ihr gemuthetes, verliehenes und bestätigtes Feld im beständigem Fortbau erhalten; es wäre dann, daß sie daran Wassers oder anderer Vorfälle wegen (worunter z.E. mit zu rechnen, wenn sich bei Stein-Kohlen-Bergwerken der Debit der Kohlen durch deren Liegenbleibung auf der Halde der Verwitterung und anderem Schaden exponiert werden müssen) verhindert würden, und auf Stollas oder andere Hülfe warten müssen, als in welchem Fall und anders nicht solchen Gewerkschaften erlaubt sein soll, durch das zu entrichtende Quartal-Recess-Geld ihr Alter und Gerechtigkeit zu erhalten. Sie sollen aber vorhero deswegen alle Umstände dem Berg-Meister und dem Berg-Amte vortragen, Fristen suchen und alles dem Nachlassungs- und Fristen-Buche einverleiben lassen, widrigenfalls gewärtigen, dass das Werk ins Freie, und uns wiederum anheym gefallen seyn solle."

Von den Stollenrechten handelt § 2:

"Sollte also ohne des Berg-Amtes Zulassung und Frist durch Geschwornen oder zwei Zeugen bewiesen und dargethan werden, dass auf einer Zeche, Gang, Bank, Flötz oder Stolle in die vier Wochen nicht bauhaftig gehalten und gearbeitet worden; so soll der Geschworne dem Schichtmeister, Vorsteher oder Lehn-Träger der Zeche zum erstenmal des Freimachens verwarnen, und wenn sie alsdann der Ordnung nicht nachleben, so soll dasselbe Lehn zum andernmale ohne Widerrede und Behelf durch den Geschwornen frei erkannt werden. Alles Freimachen aber soll mit Vorwissen des Berg-Meisters und des Berg-Amtes, welches aber gleich davon, wenn es geschehen, zu berichten, vorgenommen werden."

9) Im II. Theil, 16. Titel des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 ²⁰⁾ war der Betriebszwang bei verliehenen Mineralien, die unter das Bergwerksregal fielen, in § 188 geregelt:

"Jede Bergwerksbeleihung geschieht unter der Bedingung, das überkommene Bergwerkseigentum, bei dessen Verlust, zu dem beabsichtigten Endzwecke zu benutzen."

20) Insoweit abgedruckt bei Brassert, Bergordnungen, S. 1095 ff.

Folge des Nichtbetriebs war der Verlust des Bergwerkseigentums (§ 198). Der Beliehene konnte aber um Frist nachsuchen (§ 201). Diese Frist mußte jedoch aufgekündigt werden, wenn sich ein anderer Bergbauwilliger um das Bergwerk bewarb (§ 204).

Über das Stollenrecht bestimmte § 235:

"Er (Der Stollner) ist bei Verlust seines Stolleneigentums, verpflichtet, den Stollen nach irgendeiner Richtung immer weiter zu treiben, wenn er nicht, nach vorhergegangener Untersuchung, von dem Bergamte Frist erhalten hat."

§ 252 verpflichtete den Stollner darüberhinaus auch noch zur Bauhafthaltung. Besonders bemerkenswert ist aber die unter der Überschrift "Rechte in Ansehung der dazu (gemeint ist hier das Bergwerksregal, §§ 69 - 71) nicht gehörenden Fossilien" stehende Vorschrift des § 77:

"Sollte jemand dergleichen Fossilien gänzlich unbenutzt lassen: so kann er angehalten werden, sein Recht entweder dem Staat selbst, oder anderen Baulustigen gegen billige Abfindung zu überlassen.

§ 78. Es muss aber ausgemittelt seyn, dass dadurch der dem Staate selbst, oder anderen Bürgern desselben zu verschaffende Vortheil die Unbequemlichkeiten oder den Nachtheil, welche der Eigentümer durch diese Einschränkung seines Eigenthums erleidet, beträchtlich überwiege (Th. I Tit. 8 § 30)."

Neben der Freifahrung verliehenen Bergwerkseigentums und der Stollenrechte war es also auch möglich, die Gewinnung von Grundeigentümermineralien zu erzwingen. Allerdings war der Grundeigentümer zu entschädigen.

10) Das vor 1865 im linksrheinischen Preußen geltende französische Bergrecht sah in Art. 49 des Gesetzes vom 21. April 1810 über die Bergwerke, Gräbereien und

Steinbrüche vor (in deutscher Übersetzung): 21)

"Wenn der Betrieb auf eine solche Weise beschränkt oder eingestellt ist, daß die öffentliche Sicherheit oder das Bedürfnis der Konsumenten dadurch gefährdet wird, so sollen die Präfecten, nachdem sie die Bergwerkseigentümer darüber vernommen haben, dem Minister des Inneren Anzeige machen, damit die nötigen Vorkehrungen getroffen werden."

Die allgemeinen Bedürfnisse der Verbraucher und die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit werden auch in den Motiven zu §§ 65 und 66 ABG beispielhaft als Gründe des öffentlichen Interesses (§ 65 Abs. 1 ABG) erwähnt. 22)

11) Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Freifahrung von Bergbauberechtigungen als Folge des Nichtbetriebs schon immer ein Bestandteil des deutschen Bergrechts gewesen ist. Besonderer Wert wurde auch auf die Inanghaltung der Stollenbetriebe gelegt, die für die Bergwerke aus technischen Gründen (Bewetterung, Wasserhaltung, Belichtung) wichtig waren. Das Allgemeine Landrecht erstreckte den Betriebszwang sogar auf den nicht vom Bergregal betroffenen Grundeigentümerbergbau. Der Grundeigentümer konnte jedoch nur gegen Entschädigung in Anspruch genommen werden. Wenn auch unter der Herrschaft des Bergregals in erster Linie das unmittelbare wirtschaftliche Interesse der Regalherren an der Ausbeutung zur Betriebspflicht der Bergbautreibenden geführt haben mag, 23) so hat das Allgemeine Berggesetz den Betriebszwang doch bewahrt und durch seinen Einfluß auf die übrige deutsche Berggesetzgebung zum Bestandteil des modernen deutschen Bergrechts gemacht. Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bergbaus ist so groß, daß sie eine vollständige Ungebundenheit der Bergbauunternehmer nicht zuläßt.

21) Martins, S. 18 (29)

22) Motive, ZfB 6, S.55 (135)

23) Müller-Erzbach, S. 70

II. Der Betriebszwang im gegenwärtigen Bergrecht

1) Die berggesetzlichen Regelungen

a) Das Preußische Allgemeine Berggesetz

Das ABG ist das älteste in der Bundesrepublik geltende Berggesetz. Der Betriebszwang ist in § 65 geregelt. ¹⁾

Diese Vorschrift lautet:

" (1) Der Bergwerksbesitzer ist verpflichtet, das Bergwerk zu betreiben, wenn der Unterlassung oder Einstellung des Betriebes nach der Entscheidung des Oberbergamtes überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses entgegenstehen.

(2) Das Oberbergamt hat in diesem Fall die Befugnis, den Eigentümer, nach Vernehmung desselben, zur Inbetriebsetzung des Bergwerks oder zur Fortsetzung des unterbrochenen Betriebes binnen einer Frist von sechs Monaten aufzufordern und für den Fall der Nichtbefolgung dieser Aufforderung die Entziehung des Bergwerkseigentums nach Maßgabe des sechsten Titels anzudrohen."

Der generelle Betriebszwang des Allgemeinen Landrechts für verliehene Bergwerke wurde im ABG nicht beibehalten. Nicht zuletzt die hohe Zahl der Fristungen stillliegender Gruben vor Erlass des ABG ²⁾ führte zu dieser Beschränkung des Betriebszwangs auf eine von der Bergbehörde von Fall zu Fall erst aufzuerlegende Betriebspflicht.

b) Das Braunschweigische Berggesetz von 1867

Die Betriebszwangsvorschrift des § 67 entspricht bis auf die Verwendung des Wortes "Bergbehörde" statt "Oberbergamt" dem § 65 ABG. ³⁾

1) ZfB 6, S.3 (17)

2) Motive, ZfB 6, S.55 (70, 135)

3) ZfB 8, S.275 (290)

c) Das Württembergische Berggesetz von 1874

Der Betriebszwang ist in Art. 60 geregelt, der dem § 65 ABG wörtlich entspricht. 4)

d) Das Hessische Berggesetz von 1876

In Art. 64 wurde § 65 ABG wörtlich übernommen. 5)

e) Die Berggesetze für das Fürstentum Schaumburg-Lippe (1906) 6) und für das Herzogtum Oldenburg und das Fürstentum Lüneburg (1908) 7)

Diese beiden einander sehr ähnlichen Landesberggesetze enthalten keine besonderen Betriebszwangsvorschriften.

f) Das Bayerische Berggesetz von 1910

hatte ursprünglich eine dem § 65 ABG ähnliche Regelung des Betriebszwangs. Durch das Gesetz vom 10. Oktober 1919 8) wurde aber ein genereller Betriebszwang eingeführt. Art. 68 erhielt folgende Fassung:

"(1) Verleihene Bergwerke sind binnen sechs Monaten nach der Verleihung in Betrieb zu nehmen. Wirtschaftlich zusammenhängende Bergwerke gelten dabei als eine Einheit.

(2) Das Oberbergamt kann aus wichtigen Gründen, sofern nicht überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls entgegenstehen, eine Verlängerung der Frist bewilligen.

(3) Der Betrieb darf nur mit Genehmigung des Oberbergamts eingestellt oder auf längere Zeit ausgesetzt oder unter dem durch das öffentliche Wohl gebotenen Umfang gehalten werden.

(4) Die Genehmigungen nach Abs. 2 und 3 dürfen nur auf Zeit erteilt und können bei Änderung der Verhältnisse jederzeit zurückgezogen werden.

4) ZfB 15, S. 431 (445)

5) ZfB 17, S. 158 (172)

6) ZfB 47, S. 298 ff.

7) ZfB 49, S. 195

8) ZfB 61, S. 58

g) Das Badische Berggesetz von 1890 in der Fassung vom 17. April 1925

Der ursprünglich dem § 65 ABG entsprechende § 60 hat jetzt folgende Fassung: ⁹⁾

"(1) = § 65 Abs. 1 ABG

(2) Überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses können stets dann als vorliegend angenommen werden, wenn ein Bergwerk innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach erfolgter Verleihung nicht in Betrieb genommen oder nach Inbetriebsetzung länger als drei Jahre eingestellt wurde, es sei denn, daß das Bergwerk mit einem anderen in Betrieb befindlichen Bergwerk eine wirtschaftliche Einheit bildet.

(3) = § 65 Abs. 2 ABG

(4) Ist der Eigentümer nicht bekannt, so erfolgt die Aufforderung zur Inbetriebsetzung des Bergwerks oder zur Fortsetzung des unterbrochenen Betriebs durch Bekanntmachung im Staatsanzeiger."

Ergänzend bestimmt § 60a:

"(1) Ist das öffentliche Interesse am Betrieb eines Bergwerks besonders dringlich, so kann die Einleitung des Verfahrens wegen Entziehung des Bergwerkseigentums durch den Badischen Finanz- und Wirtschaftsminister ohne vorhergehende Vernehmung und Aufforderung an den Bergwerkseigentümer (§ 60 Abs. 3 und 4) ausgesprochen werden.

...(4) Beutet der Staat die Mineralien, die Gegenstand des früheren Bergwerkseigentums waren, in dessen Umfang aus (§ 2 Abs. 1), so kann dem früheren Bergwerkseigentümer eine Entschädigung zugesprochen werden."

Ursprünglich enthielt also auch das Badische Berggesetz in Anlehnung an das Allgemeine Berggesetz nur die Möglichkeit, im Einzelfall eine Betriebspflicht zu begründen. Diese Betriebszwangsregelung wird schon durch die Fiktion des § 65 Abs. 2 verschärft, denn nach Ablauf von drei Jahren findet keine Abwägung der widerstrebenden öffentlichen Interessen mit dem Interesse des Bergwerkseigentümers an einer Betriebsaussetzung mehr

statt. Für die besonders dringenden Fälle des § 60a griff man aber praktisch auf die Freifahrung des alten deutschen Bergrechts zurück. Einer Betriebsanordnung im Einzelfall bedurfte es zur Entziehung des Bergwerkseigentums nicht. Dem Bergwerkseigentümer wurde sogar die Möglichkeit genommen, durch eine Betriebsaufnahme der Entziehung seiner Gerechtsame zuvorzukommen.

h) Nach nicht ganz einhelliger Meinung ¹⁰⁾ gelten in der in Bayern gelegenen ehemals thüringischen Exklave Stetten, Sondheim, Urspringen, Ostheim als partielles bayerisches Landesrecht u.a. das Berggesetz von Sachsen-Weimar-Eisenach von 1905 und das Thüringische Gesetz vom 14. Juni 1920, betreffend die Aufsuchung und Gewinnung von Braun- und Steinkohle.

aa) Das Berggesetz von Sachsen-Weimar-Eisenach

§ 61 enthielt folgende Betriebszwangsregelung: ¹¹⁾

"(1) Der Bergwerkseigentümer ist verpflichtet, das Bergwerk zu betreiben. Der Betrieb darf nur ausgesetzt werden, wenn er durch Naturereignisse oder Unglücksfälle verhindert wird.

(2) Auf Antrag kann die Genehmigung zu einer zeitweiligen Aussetzung des Betriebes bis zu einem Jahr vom Bergamt, für längere Zeit vom Staatsministerium erteilt werden.

(3) Soll das Bergwerk aufgrund eines vom Bergwerkseigentümer abgeleiteten Rechts durch Dritte auf deren eigene Rechnung betrieben werden, so ist der Bergwerkseigentümer verpflichtet, den Übergang des Betriebes auf den Dritten unverzüglich dem Bergamte anzuzeigen. Soweit der Bergwerkseigentümer gemäß Abs.1,2 verpflichtet ist, das Bergwerk zu betreiben, liegt die gleiche Verpflichtung auch dem Dritten Bergwerksbesitzer ob."

10) So Miesbach-Engelhardt, Einl.B II 3, S.5 f., unter Berufung auf Krautschneider, Zersplitterung des Bergrechts, ZfB 99, S.339 (341). Willecke S.15 f., erwähnt diese beiden Gesetze jedoch bei der Aufzählung des geltenden Landesbergrechts nicht. Nach Isay, Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts, S.6, ist das Berggesetz von Sachsen-Weimar-Eisenach durch ein thüringisches Berggesetz abgelöst worden. Der Erlass eines solchen Gesetzes lässt sich aber nicht feststellen.

bb) Das Thüringische Gesetz von 1920

Der Betriebszwang ist in § 10 geregelt: 12)

"(1) Jeder, der Bergwerkseigentum im Sinne dieses Gesetzes besitzt, ist verpflichtet, die anstehende Kohle ordnungsgemäß abzubauen, wenn es das öffentliche Interesse nach der Entscheidung der obersten Bergbehörde erfordert.

(2) Kommt ein Bergwerkseigentümer einer auf Grund dieser Bestimmung an ihn ergangenen Aufforderung innerhalb der von der obersten Bergbehörde festgesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann ihm die zuständige Bergbehörde nach Maßgabe der in den bisherigen Einzelstaaten für die Entziehung des Bergwerkseigentums geltenden gesetzlichen Bestimmungen das Bergwerkseigentum entziehen."

i) Das Reichsgesetz zur Erschließung von Bodenschätzen vom 1. Dezember 1936 ¹³⁾

§ 1:

"(1) Bergbauberechtigte sind verpflichtet, nach näherer Anordnung der Bergbehörde mit den zur Aufsuchung und Gewinnung des Vorkommens geeigneten Arbeiten zu beginnen, sie fortzusetzen oder sie wieder zu beginnen. Solche Anordnungen dürfen auch dann ergehen, wenn sie in den berggesetzlichen Vorschriften eines Landes oder in Vereinbarungen über die bergbauliche Aufschließung eines Gebietes nicht oder nur unter gewissen Voraussetzungen oder in anderer Art vorgesehen sind. § 28 Abs. 3 bis 5 des Kaliwirtschaftsgesetzes vom 18. Dezember 1933 (RGBl. II S.1027) bleibt unberührt.

(2) Als Bergbauberechtigter gilt jeder, dem die Befugnis zu einer der bergpolizeilichen Aufsicht unterstehenden Aufsuchung und Gewinnung von Mineralien, ähnlichen Stoffen, Steinen und Erden zusteht.

(3) Bergbehörden im Sinne dieses Gesetzes sind die mittleren und obersten Bergbehörden des Reichs und der Länder."

11) ZfB 46, S. 314 (327)

12) ZfB 63, S. 77 (78 f.)

13) ZfB 77, S. 310

§ 2:

"(1) Der Berechtigte darf den nach § 1 angeordneten Betrieb nur mit Genehmigung der Bergbehörde, die ihn angeordnet hat, ganz oder teilweise aussetzen oder einstellen; die Genehmigung ist jederzeit widerruflich."

j) Vor Erlass des Bodenschätzgesetzes war in Preußen durch die Verordnung vom 11. September 1936 zur Änderung der Erdölverordnung vom 13. September 1934 ein Betriebszwang für die Erdölgewinnung eingeführt worden. Diese Vorschrift wurde aber durch § 17 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung berggesetzlicher Vorschriften vom 24. September 1937 ¹⁴⁾ im Hinblick auf die Regelung im Bodenschätzgesetz wieder aufgehoben. ¹⁵⁾

k) Zu beachten sind auch noch die Verordnungen über die Einführung des ABG in den Ländern Groß-Hamburg und Bremen vom 1. April 1937 ¹⁶⁾ und 15. Juli 1941 ¹⁷⁾, mit denen das ABG vom 24. Juni 1865 in seiner jeweils geltenden Fassung in diesen beiden Ländern eingeführt wurde.

l) Durch das Hessische Gesetz vom 6. Juli 1952 ¹⁸⁾ über das Bergrecht im Lande Hessen wurde das ABG vom 24. Juni 1865 in seiner gegenwärtigen Fassung auch in denjenigen Teilen des heutigen Bundeslandes Hessen eingeführt, in denen es früher nicht galt. In die Bekanntmachung des ABG in Hessen vom 1. April 1953 ¹⁹⁾ wurde § 65 ABG insofern geändert aufgenommen, als statt des Wortes "Bergwerksbesitzer" in Abs. 1 das Wort "Bergwerkseigentümer" verwendet wurde.

14) ZfB 78, S. 140 (153)

16) ZfB 78, S. 38

18) ZfB 93, S. 403

15) ZfB 78, S. 153 (176)

17) ZfB 82/83, S. 25

19) ZfB 94, S. 169 (170)

m) In die Bereinigte Sammlung des in Nordrhein-Westfalen geltenden Preußischen Rechts wurde nur § 65 Abs. 2 ABG, nicht aber § 65 Abs. 1 ABG aufgenommen. ²⁰⁾ § 65 Abs. 1 ABG wird in einer Anmerkung als gegenstandslos wegen des Gesetzes zur Erschließung von Bodenschätzen bezeichnet.

n) In die Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts wurde Art. 68 des Bayerischen Berggesetzes in vollem Umfang aufgenommen. ²¹⁾

o) Das Gesetz zur vorläufigen Regelung der Rechte am Festlandsockel vom 24. Juli 1964 (BGBl. I S. 497) enthält keine eigene Betriebszwangsregelung. Nach § 2 Abs. 3 kann die Erlaubnis zur Aufsuchung und Gewinnung von Bedingungen abhängig gemacht und mit Auflagen und Widerrufsvorbehalten verbunden werden. Diese müssen inhaltlich mindestens den im Land Niedersachsen geltenden Vorschriften des Zweiten Abschnitts des Dritten Titels und des Zweiten Abschnitts des Neunten Titels des ABG genügen.

20) BS NRW S. 170

21) Bay BS IV S. 136 ff.

2. Derogation landesrechtlicher Betriebszwangsvorschriften durch das Gesetz zur Erschließung der Bodenschätze.

a) Stand der Meinungen

Es ist zweifelhaft, ob das Bodenschätzegesetz die zur Zeit seines Erlasses geltenden landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften abgelöst hat. Der Ausführungs-erlaß des Reichs- und Preußischen Wirtschaftsministers vom 16. Dezember 1937 spricht unter Ziff. 4 und 4 lit. c die landesrechtlichen Bestimmungen als geltendes Recht an.²²⁾ Dem folgend sehen einige Kommentatoren das Bodenschätzegesetz lediglich als eine Ergänzung, nicht aber als Ersatz der landesrechtlichen Vorschriften an.²³⁾ Diese Meinung wird auf den Wortlaut des Gesetzes und seine amtliche Begründung gestützt.²⁴⁾ Auf die umständliche Anwendung des § 65 ABG hinweisend, erklären andere Kommentatoren, daß der Zweck dieser Vorschrift nunmehr durch das Bodenschätzegesetz erreicht wird.²⁵⁾ Für die in Nordrhein-Westfalen geltende Fassung des ABG wird der Wegfall von § 65 Abs. 1 ABG angenommen.²⁶⁾ Sowohl für Art. 65 ABG²⁷⁾ als auch für den Betriebszwang nach bayerischem²⁸⁾ und badischem²⁹⁾ Bergrecht wird aber auch die Meinung vertreten, daß diese Vorschriften

22) ZfB 78, S. 17 (19)

23) Reuß-Grotefend § 65 Anm. 1, Reuß-Grotefend-Dapprich § 65 Anm. 1, Dapprich-v. Schlütter S. 32 f.
Ebel-Weller Anh. III 16 Anm. 3 zu § 1.

24) Miesbach-Engelhardt Art. 68/§ 65 Anm. 1a)

25) Boldt, § 65 Anm. 1, Ebel § 65 Anm. 1

26) Ebel-Weller § 65 vor Anm. 1

27) Krautschneider, Das bereinigte Bergrecht im Land Nordrhein-Westfalen, Bergfreiheit 1962 S. 181 (182), Willecke, Das Bergrecht Preußens in wirtschaftlicher Sicht, ZfB 106, S. 134 (139 f.)

28) Kiessling-Ostern, Art. 68 Anm. 1, Willecke S. 50

29) Willecke, S. 50: Soweit sich die Gründe des landesrechtlichen u. des reichsrechtlichen Betriebszwangs decken.

durch das Gesetz zur Erschließung von Bodenschätzen abgelöst worden sind. Der Betriebszwang wird als eine der wenigen Institutionen des Bergrechts angesehen, bei denen es zu einer Beseitigung des Partikularrechts durch eine reichseinheitliche Regelung gekommen ist, ³⁰⁾ die nunmehr als Bundesrecht weitergilt. ³¹⁾

b) Gültigkeit des Derogationsprinzips

Das Bodenschätzegesetz kann die landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften nach dem Prinzip "lex superior derogat legi inferiori" verdrängt haben. Das Bergrecht gehörte auch unter der Weimarer Reichsverfassung zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Reichs (Art. 7 Nr. 16, Art. 12 S. 1). Traf in diesem Bereich neues Reichsrecht auf schon bestehendes Landesrecht, galt Art. 13 S. 1: "Reichsrecht bricht Landesrecht". Das Landesrecht wurde durch das Reichsrecht ersetzt und fiel weg. ³²⁾

Es ist jedoch zweifelhaft, ob die Weimarer Reichsverfassung zur Zeit des Erlasses des Bodenschätzegesetzes noch mit Verfassungsrang galt. Schon damals war streitig, ob sie insgesamt oder nur teilweise außer Kraft getreten war. ³³⁾

Die Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933 (RGBl. I S. 83) hob zwar einige Bestimmungen der Weimarer Verfassung auf,

30) Klapper, Reichsbergrecht, ZfB 78, S. 347 (366) und: Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts, ZfB 94, S. 68 (73); BGH ZfB 95, S. 211 (218)

31) Willecke, S. 58 (§ 33 A)

32) Anschütz, Art. 13 Anm. 2, S. 102 f.

33) Helmut Nicolai, S. 31 ff. mit weiteren Nachweisen. Nach Heinrich Krüger, S. 34 f., galt die Weimarer Reichsverfassung als einfaches Gesetz fort, soweit einzelne Vorschriften nicht ausdrücklich aufgehoben worden waren. Auch in BVerfGE 2, S. 237 (253 mit Hinweisen auf neuere Literatur) wird der Weimarer Reichsverfassung als Ganzes nur der Verfassungsrang abgesprochen, ihre Fortgeltung als einfaches Gesetz aber nicht angezweifelt.

Art. 13 S. 1 war aber nicht darunter. Das Reichsstathaltergesetz vom 7. April 1933 (RGBl. I S. 173) bestimmte in § 6 S. 2: "Entgegenstehende Bestimmungen der Reichsverfassung vom 11. August 1919 und der Landesverfassungen sind aufgehoben". § 4 des Gesetzes über den Neuaufbau des Reichs vom 30. Januar 1934 (RGBl. I S. 75) lautete: "Die Reichsregierung kann neues Verfassungsrecht setzen". Aus den beiden letzten Bestimmungen ist dann auch abgeleitet worden, daß die Weimarer Reichsverfassung nicht formal als Ganzes außer Kraft gesetzt worden ist. 34)

Insbesondere der Art. 13 der Weimarer Reichsverfassung wurde zu den auch im Dritten Reich weiter geltenden Vorschriften gewählt. 35) Das Reichsgericht wandte den Grundsatz des Art. 13 S. 1 auf partielles Reichsrecht an, das die Länder aufgrund ihrer damals vom Reich abgeleiteten Gesetzgebungsgewalt erlassen hatten. 36) Aber auch ohne ausdrückliche Berufung auf Art. 13 war anerkannt, daß die Gesetzgebung des Reichs den Vorrang vor der Gesetzgebung der Länder hatte. 37)

Der damalige zentralistische Reichsgesetzgeber hatte die originäre Gesetzgebungsgewalt der Länder abgeschafft und durch eine abgeleitete Befugnis zum Erlaß partiellen Reichsrechts ersetzt. Diesem von den Länderorganen erlassenen Reichsrecht ging das zentrale Reichsrecht vor. Unter diesen Umständen wird man kaum annehmen können, daß das vor 1933 entstandene Landesrecht von der Beschränkung des Art. 13 S. 1 befreit sein sollte, auch wenn diese Verfassungsvorschrift formal nicht mehr gegolten hätte.

34) Helmut Nicolai, S. 31 ff.

35) Poetzsch-Heffter, Vom deutschen Staatsleben, S.155, Ernst-Rudolf Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S.53: "...Zuständigkeitsvorschriften der Reichs- und Landesverfassungen bleiben erhalten..."

Otto Koellreuter, Deutsches Verfassungsrecht, S.60

36) BGHZ 19, S. 209 (214); RGZ 152, 86; 153, 244 (247/248); 167, 373 (378)

37) Meißner-Kaisenberg, S. 102 f.

Wenn nicht ausdrücklich, so galt Art. 13 Weimarer Reichsverfassung doch wenigstens noch sinngemäß, als das Bodenschätzegesetz erlassen wurde.

c) Inhalt des Derogationsprinzips

Grundsätzlich führte die reichsrechtliche Regelung eines Sachverhalts zum Wegfall bestehender landesrechtlicher Normen.³⁸⁾ Es war aber unbestritten, daß sich der sachliche Umfang der Aufhebung von Landesrecht allein nach dem derogierenden Reichsgesetz richtete.³⁹⁾ Demnach ist denkbar, daß Reichsrecht in gewissem Ausmaß abweichendes Landesrecht neben sich bestehen ließ.⁴⁰⁾ Es muß daher im Einzelfall geprüft werden, ob das Reichsrecht als allgemeine Norm nicht doch abweichendes Landesrecht als besonderes Ausnahmerecht neben sich gelten lassen wollte,⁴¹⁾ denn Reichsrecht brach Landesrecht nur dann, wenn es nicht selbst das Gegenteil bestimmte.⁴²⁾

3) Umfang der Ablösung des Landesrechts

a) Art. 13 S. 1 der Weimarer Reichsverfassung enthält also nur eine grundsätzliche Regelung, von der sich im Einzelfall aus dem scheinbar derogierenden Reichsgesetz Abweichungen ergeben konnten. Für das Verhältnis der landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften zum Bodenschätzegesetz kommen folgende drei Möglichkeiten in Betracht:

38) Anschütz, Art. 13 Anm. 3 vor lit. a, S. 103

39) Anschütz, Art. 13 Anm. 3c, S. 104

40) Giese, Art. 13 Anm. 1, S. 63

41) Poetzsch-Heffter, Art. 13 Anm. 1c, S. 124

42) Gebhard, Art. 13 Anm. 3g, S. 127

aa) Das Bodenschätzgesetz läßt die landesrechtlichen Vorschriften unberührt. Es gilt subsidiär und ist nur dann anzuwenden, wenn das Landesrecht keine eigene Regelung enthält, wie z.B. beim Grundeigentümerbergbau.

Für den Fall einer Mißachtung des Betriebszwangs verweist das Bodenschätzgesetz aber auf die landesrechtlich geregelten Verfahren zur Entziehung des Bergwerkseigentums (§ 3 Abs. 1 lit. a). Daraus ergibt sich, daß der Betriebszwang des Bodenschätzgesetzes auch gegenüber dem Bergwerkseigentum angewendet werden soll, obwohl das Landesrecht gerade hier eigene Regelungen trifft. Eine Subsidiarität des Bodenschätzgesetzes zu den landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften scheidet also aus.

bb) Das Bodenschätzgesetz hat das Landesrecht beseitigt.

cc) Reichsrecht und Landesrecht sind nebeneinander anwendbar.

Eine solche Ausnahme vom Derogationsprinzip wird offensichtlich angeführt, wenn die Verfechter einer Weitergeltung der landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften ihre Meinung auf den Wortlaut des Gesetzes ⁴³⁾ und seine amtliche Begründung ⁴⁴⁾ stützen.

b) Es ist daher zu prüfen, ob das Bodenschätzgesetz das Prinzip "lex superior derogat legi inferiori" tatsächlich durchbrochen hat. Eine wörtliche Ausnahme

43) Miesbach-Engelhardt Art. 68/§ 65 Anm. 1a)

44) Miesbach-Engelhardt a.a.O.,
Ebel-Weller Anh. III 16 Anm. 3 zu § 1

vom Derogationsprinzip zugunsten der landesrechtlichen Vorschriften enthält es nicht. Dieses Schweigen des Gesetzes kann nicht bedeutungslos sein, denn in einem anderen Derogationsfall ist ein älteres Gesetz ausdrücklich von der Beseitigung durch das jüngere Bodenschätze-gesetz ausgenommen worden. Es handelt sich um § 28 Abs. 3 bis 5 Kaliwirtschaftsgesetz vom 18. Dezember 1933, ⁴⁵⁾ der nach § 1 Abs. 1 S. 3 Bodenschätze-gesetz vom Betriebszwang unberührt bleibt. Diese Vorschrift verbietet für zwanzig Jahre die Wiederaufnahme von Kali-bergwerken, die nach §§ 54, 83a, c, und e Kaliwirt-schaftsgesetz vom 18. Juli 1919 ⁴⁶⁾ stillgelegt worden waren. Das Verbot gilt auch für die Gewinnung anderer nutzbarer Mineralien, § 28 Abs. 4. Ausnahmen bedürfen nach § 28 Abs. 5 einer Genehmigung.

Hier wird also eine Regelung aufrechterhalten, die das Gegenteil einer Betriebspflicht ist. Geregelt wird derselbe Gegenstand wie im Bodenschätze-gesetz, aber in anderer Weise. Es liegt daher ein typischer Derogations-fall in der Erscheinungsform "lex posterior derogat legi priori" vor, bei dem jedoch die derogierende Kraft des jüngeren Gesetzes ausdrücklich aufgehoben worden ist.

Das Fehlen eines dem § 1 Abs. 1 S. 3 Bodenschätze-ge-setz ähnlichen Vorbehalts zugunsten der landesrecht-lichen Betriebszwangsvorschriften legt die Annahme nahe, daß im Bodenschätze-gesetz das Derogationsprinzip nur dort durchbrochen worden ist, wo dies ausdrücklich angeordnet wurde. Hätten die landesrechtlichen Be-triebszwangsvorschriften weiterhin gelten sollen, wäre eine ausdrückliche Bestimmung zu ihren Gunsten zu er-warten gewesen.

45) RGBl. II S. 1027

46) RGBl. S. 663

Andererseits werden in § 1 Abs. 1 S. 2 Bodenschätzgesetz aber die "berggesetzlichen Vorschriften eines Landes" erwähnt, deren Vorhandensein oder Fehlen Maßnahmen nach dem Bodenschätzgesetz nicht hindern soll. Damit können nur die landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften gemeint sein, denn § 1 Abs. 1 enthält nichts anderes als die materielle Grundlage für die Auferlegung einer Betriebspflicht. Der Satz 2 stellt in diesem Zusammenhang klar, daß das Bodenschätzgesetz auch dann angewendet werden kann, wenn im konkreten Fall die einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften fehlen oder milder sind.⁴⁷⁾ Das könnte bedeuten, daß bei grundsätzlichem Weitergelten des Landesrechts das Bodenschätzgesetz im Einzelfall mit Vorrang angewendet werden kann. Möglicherweise handelt es sich aber auch nur um einen rein deklaratorischen Hinweis auf die Rechtslage, die sich aus der Ablösung des Landesrechts durch das Reichsrecht ergibt.

Schließlich werden auch noch in § 3 Abs. 1 lit. a) Bodenschätzgesetz die "maßgebenden berggesetzlichen Vorschriften" erwähnt. Im § 3 werden jedoch nur die Folgen der Mißachtung einer Betriebspflicht geregelt. Da das Bodenschätzgesetz keine eigenen Vorschriften zur Entziehung des Bergwerkseigentums hat, erschöpft sich die Bedeutung dieser Wendung in einer Verweisung auf die landesrechtlichen Entziehungsvorschriften; zur Entscheidung der Derogationsfrage kann sie nicht herangezogen werden.

Aus dem Wortlaut des Bodenschätzgesetzes ergibt sich also nicht eindeutig, ob das Landesrecht weitergelten sollte. Eine wörtliche Ausnahme vom Derogationsprinzip fehlt. Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 S. 2

47) Begründung ZfB 77 S. 311 (314, lit. B zu § 1)

bekräftigt zwar den Vorrang des Bodenschätzgesetzes. Dabei kann es sich aber sowohl um einen Hinweis auf die Ablösung als auch um die Begründung eines Vorrangs vor dem noch geltenden Landesrecht handeln. Da der Gesetzeswortlaut eine eindeutige Auslegung nicht ermöglicht, muß auf die amtliche Begründung des Bodenschätzgesetzes zurückgegriffen werden.

c) In der amtlichen Begründung finden sich zunächst starke Anhaltspunkte für eine Ausnahme vom Derogationsprinzip. Es heißt dort: "Die vorliegende reichsrechtliche Regelung tritt ergänzend neben die etwa vorhandenen landesgesetzlichen Vorschriften des Bergrechts, die grundsätzlich unberührt bleiben;..." und weiter "... es wird aber keinem begründeten Bedenken unterliegen, den § 4 des Gesetzes (Zwangsbetrieb) in einem Betriebszwangsverfahren anzuwenden, das lediglich auf Grund einer landesrechtlichen Vorschrift eingeleitet worden ist." ⁴⁸⁾ Von der Vorschrift des § 1 Abs.1 S. 2 Bodenschätzgesetz heißt es, sie sei "...nötig, um einen Betriebszwang auch in solchen Fällen durchführen zu können, in denen gesetzliche Bestimmungen fehlen, oder aber nicht ausreichen ..." ⁴⁹⁾ Demnach war man also bei Erlaß des Bodenschätzgesetzes der Auffassung, daß die einschlägigen landesrechtlichen Normen weitergelten würden. Diese Ansicht wird auch im Ausführungserlaß des Reichs- und Preußischen Wirtschaftsministers vertreten. ⁵⁰⁾

Andererseits wird in der amtlichen Begründung aber weiter ausgeführt: "Die Berggesetze verpflichten regelmäßig den Bergwerksbesitzer ... zum Betriebe

48) Begründung ZfB 77, S. 311 (312, lit. A)

49) Begründung ZfB 77, S. 311 (314, lit. B zu § 1)

50) Erlaß ZfB 78, S. 17 (19, Ziff. 4 vor lit. a)

seines Bergwerks, wenn überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses es erfordern ... Jedoch gewährleisten diese Vorschriften, namentlich auch die preußische Regelung, nicht ... ein schnelles Wirksamwerden des sogenannten Betriebszwanges ... Es bedarf daher des Eingreifens der Reichsgesetzgebung, um eine beschleunigte Erschließung der deutschen Bodenschätze auch dann zu ermöglichen, wenn ... das Landesbergrecht ... keine Abhilfe bringt." Mit der beschleunigten Erschließung sollte vor allem das Wirtschaftsprogramm der damaligen Reichsregierung, der Vierjahresplan, unterstützt werden.⁵¹⁾

Im Erlaß des Reichs- und Preußischen Wirtschaftsministers wird angeführt: "(es) ... braucht nicht ... ausdrücklich festgestellt zu werden, daß überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses den angeordneten Betrieb notwendig machen ... Abweichend von dem verschiedentlich geltenden Landesrecht sieht § 1 des Gesetzes keine gesetzlich festbestimmte Frist vor, binnen welcher der Betrieb aufzunehmen oder fortzuführen ist ..." ⁵²⁾

Daraus läßt sich entnehmen, daß zwar grundsätzlich die landesrechtlichen Vorschriften bestehen bleiben sollten. Soweit deren Wirksamkeit aber durch einschränkende Tatbestandsmerkmale (z.B. überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses, § 65 Abs.1 ABG) oder durch gesetzliche Mindestfristen (z.B. § 65 Abs. 2 ABG, Art. 68 Abs. 1 Bayerisches Berggesetz) herabgesetzt war, sollte eine Änderung des Rechtszustands erfolgen. Die als unpraktisch und in ihrer Anwendung als zu langwierig empfundenen landesrechtlichen Vorschriften sollten einen wirksamen Betriebszwang nicht mehr behindern können. Dazu zählen alle dem § 65 ABG nachgebildeten

51) Begründung ZfB 77, S. 312, lit A

52) Erlaß ZfB 78, S. 17 (19 f., Ziff. 4 lit. a) und c)

Vorschriften. Aber auch Art. 68 Abs. 1 Bayerisches Berggesetz gehört dazu. Ein genereller Betriebszwang für verliehene, aber noch unverritzte Vorkommen ist notwendig mit einer Mindestfrist zugunsten des Bergwerksbesitzers verbunden, weil eine Gewinnung erst vorbereitet werden muß und darüber in der Regel einige Zeit vergeht.

Nach der amtlichen Begründung des Bodenschätzgesetzes bleiben die landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften unberührt, sie sollen also nicht derogiert worden sein. Das bedeutet aber, daß sie immer eingreifen, wenn in ihrem Geltungsbereich die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für einen Betriebszwang gegeben sind. Dem widerspricht jedoch die zweite Aussage der amtlichen Begründung, daß nämlich das Bodenschätzgesetz auch dann anwendbar ist, wenn Landesrecht überhaupt keinen oder nur einen milderen Betriebszwang vorsieht. In diesem Fall werden wenigstens die milderen landesrechtlichen Vorschriften vom Bodenschätzgesetz verdrängt und bleiben daher nicht unberührt; für eine Anwendung des milderen Landesrechts neben dem Bodenschätzgesetz bleibt kein Raum mehr. Auch aus der amtlichen Begründung des Bodenschätzgesetzes ergibt sich auf die Frage nach dem Weitergelten der landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften noch keine eindeutige Antwort. Es muß deshalb versucht werden, den Zweck des Gesetzes zu ermitteln, um daraus eine Entscheidung zu gewinnen.

d) In der amtlichen Begründung werden die einschränkenden Tatbestandsmerkmale und die langen Fristen mancher landesrechtlicher Betriebszwangsvorschriften als hemmend für das schnelle Wirksamwerden einer Betriebsanordnung bezeichnet. Daraus ergibt sich ohne weiteres,

daß mit dem Bodenschätzgesetz eine Verbesserung des bisherigen, sachlich unbefriedigenden Rechtszustands beabsichtigt war. Die landesrechtlichen Vorschriften hätten demnach nur noch insoweit Bedeutung, als sie schärfer sind als das Bodenschätzgesetz. Das sind die Vorschriften des Art. 68 Abs. 2 bis 4 Bayerisches Berggesetz, § 60 a Badisches Berggesetz und § 61 des Berggesetzes von Sachsen-Weimar-Eisenach.

Zur Ermittlung des Gesetzeszwecks ist aber nicht nur die amtliche Begründung heranzuziehen. In erster Linie ist der Wortlaut des Gesetzes maßgebend. Hier ist § 5 S. 1 Bodenschätzgesetz von besonderer Bedeutung:

"Zur Durchführung und Ergänzung dieses Gesetzes sowie zur Angleichung und Vereinheitlichung der berggesetzlichen Vorschriften der Länder kann der Reichswirtschaftsminister Rechtsverordnungen und allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen."

Das Bodenschätzgesetz sollte also nicht allein durch seine verbesserte Betriebszwangsregelung zu einer beschleunigten Erschließung der Mineralien beitragen. Neben der Unterstützung des Vierjahresplanes tritt in § 5 S. 1 auch die Tendenz zur Rechtsvereinheitlichung hervor. Wo die landesrechtlichen Vorschriften schärfer sind als das Bodenschätzgesetz, würde es dem Zweck einer Rechtsverbesserung nicht widersprochen haben, sie bestehen zu lassen. Der Vereinheitlichung des Betriebszwangsrechts mußten aber alle landesrechtlichen Vorschriften weichen. Aus dem Zweck des Gesetzes kann man daher nicht auf eine Ausnahme vom Derogationsprinzip schließen.

Da das in Art. 13 S. 1 der Weimarer Reichsverfassung enthaltene Derogationsprinzip grundsätzlich für die Ab-

lösung von Landesrecht spricht, wenn ein bestimmter Sachverhalt reichsrechtlich geregelt wurde, ⁵³⁾ hat das Bodenschätzgesetz die landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften abgelöst. Zwar konnte Landesrecht auch neben einer reichsrechtlichen Regelung desselben Gegenstandes ausnahmsweise weiterbestehen. Die notwendige Voraussetzung - ein eindeutiger Vorbehalt zugunsten des sonst durch das Reichsrecht verdrängten Landesrechts - fehlt aber. Obwohl vor allem die amtliche Begründung starke Anhaltspunkte für ein Weitergelten des Landesrechts gibt, läßt sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus seiner Begründung eine eindeutige Ausnahme vom Derogationsprinzip ermitteln. Der in § 5 S. 1 zum Ausdruck gekommene Zweck der Rechtsvereinheitlichung spricht sogar dagegen. Das Bodenschätzgesetz hat also alle landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften abgelöst.

4. Die Gesetzgebung nach Erlass des Bodenschätzgesetzes

a) Reichsrecht

aa) Zunächst kommen die Verordnungen über die Einführung des ABG in Groß-Hamburg vom 25. März 1937 und in Bremen vom 15. Juli 1941 in Betracht. Sie setzten in diesen Gebieten das ABG in "seiner gegenwärtigen Fassung" in Kraft. Das Allgemeine Berggesetz von 1865 hat trotz seiner zahlreichen Änderungen niemals eine Neubekanntmachung durch den preußischen Gesetzgeber erfahren. Wenn also "mit gegenwärtiger Fassung" das ABG nur unter Berücksichtigung seiner Änderungsgesetze gemeint war, wurde in diesen Gebieten § 65 ABG wieder

53) Auch im heutigen Verfassungsrecht hat eine bundesrechtliche Regelung das Ansehen einer erschöpfenden und die Gesetzgebungskompetenz der Länder ausschließenden Regelung (BVerfGE 16, 64 (76 f.) u. 306 (316 f.))

eingeführt und das Bodenschätzegesetz auf eine subsidiäre Geltung zurückgedrängt. "Gegenwärtige Fassung" kann aber genauso gut "gegenwärtig geltende" Fassung bedeutet haben. Für diese zweite Auslegung spricht folgender Umstand: Das Reichsknappschaftsgesetz vom 23. Juni 1923 ⁵⁴⁾ hatte u.a. die §§ 165 bis 186 ABG abgelöst. Deren Wegfall ist niemals in einem preußischen Änderungsgesetz zum Ausdruck gekommen. ⁵⁵⁾ Mit der Einführung des ABG in Groß-Hamburg und Bremen sollte sicher nicht das Reichsknappschaftsgesetz durch das veraltete preußische Recht abgelöst werden. Sinnvoll kann daher nur eine Auslegung der Wendung "gegenwärtige Fassung" als "gegenwärtig geltende Fassung" sein. Da § 65 ABG schon durch das Bodenschätzegesetz abgelöst worden war, ist diese Vorschrift in Groß-Hamburg und Bremen also nicht mehr eingeführt worden.

bb) Die Änderung der preußischen Erdölverordnung durch § 17 Abs. 2 des preußischen Gesetzes zur Änderung berggesetzlicher Vorschriften vom 24. September 1937 ⁵⁶⁾ brachte keine sachliche Änderung, sondern zog nur die Konsequenz aus dem Derogationsprinzip "lex posterior derogat legi priori". Aufgrund der staatsrechtlichen Verhältnisse zur Zeit ihres Erlasses handelt es sich bei dieser Verordnung um Reichsrecht. ⁵⁷⁾

b) Landesrecht

aa) Im Bundesland Hessen wurde durch das Gesetz vom 6. Juli 1952 über das Bergrecht im Lande Hessen das ABG von 1865 in seiner "gegenwärtigen Fassung" (§ 2

54) RGBL. I S. 447

55) Nach Giese, Erläuterungen I zu Art. 13 RV, wäre dies auch gar nicht möglich gewesen.

56) ZfB 78 S. 140 (153) vergl. auch oben I lit. j

57) BGHZ 19, S. 209 (211)

Ziff. 1) auch in den ehemals hessischen Landesteilen eingeführt. ⁵⁸⁾ Die amtliche Begründung erklärt die Wahl dieser Formulierung damit, daß "eine Einzelaufzählung seiner zahlreichen Änderungsgesetze ... gesetzestechnisch nicht möglich ... erscheint. ⁵⁹⁾ In die Bekanntmachung des ABG in Hessen vom 1. April 1953 wurde § 65 ABG als geltendes Recht aufgenommen. ⁶⁰⁾

Die Derogation dieser Vorschrift durch das Bodenschätze-gesetz wurde also nicht berücksichtigt. Die reichs- bzw. bundesrechtliche ⁶¹⁾ Regelung eines Sachverhalts bewirkt jedoch nicht nur eine Ablösung bestehenden Landesrechts, sie verhindert auch den Erlass neuer Landesrechts. ⁶²⁾

Nur wenn das Bodenschätzegesetz wegen eines Verstosses gegen Art. 14/III GG unwirksam geworden wäre, was noch zu prüfen ist, könnten die Länder neue Betriebszwangsvorschriften erlassen. ⁶³⁾ Neben dem Bodenschätzegesetz kann also § 65 ABG in der in Hessen geltenden Fassung des Gesetzes nicht wieder in Kraft getreten sein.

bb) In Nordrhein-Westfalen gilt das Gesetz vom 7. November 1961 zur Bereinigung des in Nordrhein-Westfalen geltenden Preußischen Rechts. ⁶⁴⁾ Nach dessen § 1 verlieren die nicht aufgenommenen Vorschriften ihre Wirkung. Mit diesem Negativeffekt hat es aber sein Bewenden. Nicht mehr geltende Vorschriften werden durch ihre Aufnahme in die Bereinigte Sammlung nicht wieder eingeführt (§ 1 Abs. 2). ⁶⁵⁾ Die Aufnahme von § 65 Abs. 2 in die Bereinigte Sammlung NRW S. 170 kann schon aus diesem Grund nicht wie ein Rechtssetzungsakt wirken.

58) ZfB 93, S. 403

59) ZfB 93, S. 405 (408)

60) ZfB 94, S. 169 (170)

61) Willecke, S. 58

62) und 63) v. Mangoldt-Klein I Anm. IV 3 zu Art. 31 GG

64) ZfB 103, S. 137 ff.

65) Düren-Struckmann, NJW 1962, S. 527 (529)

cc) Ähnlich ist die Rechtslage in Bayern. Die nicht in die Bereinigte Sammlung Bayerischen Landesrechts aufgenommenen Vorschriften traten zum 31. Oktober 1957 außer Kraft. ⁶⁶⁾ Aufgenommen wurde, was am 1. Januar 1957 für gültig erachtet wurde. ⁶⁷⁾ Eine Wiedereinführung nicht mehr geltender Vorschriften durch ihre Aufnahme in die Bayerische Bereinigte Sammlung ist nicht vorgesehen. Art. 68 Bayerisches Berggesetz kann daher auch durch die Aufnahme in die Bayerische Bereinigte Sammlung nicht wieder eingeführt worden sein.

dd) Auch im Land Rheinland-Pfalz ist aufgrund des zweiten Landesgesetzes zur Bereinigung des Rechts ... vom 22. Juli 1965 ⁶⁸⁾ eine bereinigte Sammlung des im Regierungsbezirk Pfalz geltenden bayerischen Rechts angelegt worden, in die Art. 68 des Bayerischen Berggesetzes vollständig aufgenommen worden ist. ⁶⁹⁾ Nach § 1 dieses Rechtsbereinigungsgesetzes ⁶⁸⁾ verlieren Vorschriften, die nicht in die Anlage zu diesem Gesetz aufgenommen worden sind, ihre Geltung. Es ist aber nicht vorgesehen, daß außer Kraft gesetzte Vorschriften durch ihre Aufnahme wieder wirksam werden. Die Behandlung der Betriebszwangsregelung des Bayerischen Berggesetzes als geltendes Recht ändert also auch für die Pfalz nichts an ihrer Beseitigung durch das Bodenschätzgesetz.

c) Bundesrecht

Das sogenannte Schelfgesetz (siehe oben 1 lit.o) sieht vor, die Erlaubniserteilung mit Auflagen, Bedingungen und Widerrufsvorbehalten zu versehen. Untere Grenze

66) Art. 4 Abs.1 Erstes Gesetz zur Bereinigung Bayerischen Landesrechts in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Zweites Gesetz zur Vereinigung des Bayerischen Landesrechts (Bay BS I S. 47, S. 239)

67) Art. 2 Abs.1 Erstes Rechtsbereinigungsgesetz

68) GVBl. 1966, Sondernummer Pfalz S. V

69) a.a.O., S. 92

sind dabei die Bestimmungen des ABG, wie sie in Niedersachsen gelten. § 65 ABG gilt auch dort nicht mehr.⁷⁰⁾ Aber auch das Bodenschätzgesetz gilt im Schelfgebiet nicht. Abgesehen davon, daß das Schelfgebiet außerhalb des zur Zeit seines Erlasses hinsichtlich bergbaulicher Nutzung als deutsches Hoheitsgebiet betrachteten Raumes liegt,⁷¹⁾ geht das jüngere Schelfgesetz dem älteren Bodenschätzgesetz auch nach dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" vor. Die Bestimmungen des ABG bilden jedoch nur die untere Grenze für Auflagen und Bedingungen. Die Bergbehörden sind daher in der Lage, eine Betriebspflicht aufzuerlegen, obwohl dieses Institut nicht mehr im ABG des Landes Niedersachsen enthalten ist.

70) Selbst wenn das Bodenschätzgesetz heute mit Art. 14 GG unvereinbar wäre, würden die bei seinem Erlass abgelösten landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften nicht wiederaufleben (v. Mangoldt-Klein I Anm. IV 3 d zu Art. 31 GG).

71) Bekanntmachung vom 22. Januar 1964 der Proklamation der Bundesregierung über die Erforschung und Ausbeutung des deutschen Festlandsockels (BGBl. II S. 104), ZfB. 105 S. 139 f., Ziff.1: Schluß e contrario.

III. Die Voraussetzungen der Betriebspflicht des Bodenschätzgesetzes

1. Der Kreis der Verpflichteten

a) Nach § 1 Abs. 1 S. 1 Bodenschätzgesetz sind zur Aufsuchung und Gewinnung die "Bergbauberechtigten" verpflichtet. § 1 Abs. 2 enthält eine Legaldefinition dieses Begriffs. Als Bergbauberechtigung gilt die Befugnis zu einer der bergpolizeilichen Aufsicht unterstehenden Aufsuchung oder Gewinnung von Mineralien, ähnlichen Stoffen, Steinen und Erden. Anknüpfungspunkt für den Betriebszwang nach dem Bodenschätzgesetz ist also die Zuständigkeit der Bergbehörden, einen Gewinnungsbetrieb zu beaufsichtigen.

Anknüpfungspunkt für den Betriebszwang der Landesberggesetze, die sich im wesentlichen nach der Systematik des preußischen Allgemeinen Berggesetzes richteten, ¹⁾ war dagegen das Bergwerkseigentum. Die Aufforderung zur Inbetriebnahme nach § 65 Abs. 2 ABG wurde an den Bergwerkseigentümer gerichtet. Nach Art. 68 Abs. 1 Bayerisches Berggesetz waren "verliehene Bergwerke" in Betrieb zu nehmen. Verliehen wird aber nur Bergwerkseigentum (Art. 14 und 24 Bayerisches Berggesetz). Auch § 61 des Berggesetzes von Sachsen-Weimar-Eisenach verpflichtete den Bergwerkseigentümer zum Betrieb des Bergwerks. Dem Betriebszwang unterlagen ferner die schon beim Erlaß der Landesberggesetze bestehenden Bergbauberechtigungen (s. u.a. § 227 ABG). Das galt auch für Bayern, obwohl in Art. 68 Abs. 1 Bayerisches Berggesetz nur die verliehenen Bergwerke genannt waren. ²⁾

Allerdings verpflichtete § 65 Abs. 1 ABG auch den "Berg-

1) Willecke, S. 13 (§ 10 am Anfang)

2) Miesbach-Engelhardt, Art. 68/§ 65 Anm. 2

werksbesitzer". Bergwerksbesitzer ist, wer ein Bergwerk für eigene Rechnung betreibt.³⁾ Unter einem "Bergwerk" versteht man sowohl den Gewinnungsbetrieb als reale Erscheinung wie auch das Bergwerkseigentum. In den §§ 41, 51 und 94 ABG wird dieses Wort als Synonym für den Begriff Bergwerkseigentum gebraucht.⁴⁾ Ein Gewinnungsbetrieb kann auch auf den Abbau nicht verleihbarer Grundeigentümermineralien gerichtet sein. Ein Bergwerk muß also nicht unbedingt aufgrund einer Verleihung von Bergwerkseigentum betrieben werden. Dennoch konnte in § 65 Abs. 1 ABG mit "Bergwerksbesitzer" nur derjenige gemeint sein, der ein auf die Gewinnung von verleihbaren Mineralien gerichtetes Bergwerk betreibt. Nur beim Bergwerkseigentum konnte die Mißachtung des Betriebszwangs Folgen haben. Eine der Entziehung des Bergwerkseigentums vergleichbare Maßnahme (§ 156 ABG) gegen Grundeigentümer war nicht vorgesehen.

Im Preußischen Gesetz über die Beaufsichtigung von unterirdischen Mineralgewinnungsbetrieben und Tiefbohrungen vom 18. Dezember 1935⁵⁾ sind in § 1 Abs. 1 Ziff. 2 vom III. Titel des 2. Abschnitts des ABG "Von dem Betrieb und der Verwaltung" ausdrücklich sogar nur die §§ 66 bis 79, nicht aber § 65 für auf die Grundeigentümermineralien entsprechend anwendbar erklärt worden. Ebenso ist die Regelung im Preußischen Phosphoritgesetz vom 16. Oktober 1934⁶⁾ (§ 3 Ziff. 3) und im Preußischen Erdölgesetz vom 12. Mai 1934⁷⁾ (§ 2 Abs. 1 Ziff. 3). Nur die Preußische Erdölverordnung vom 13. Dezember 1934⁸⁾ enthielt vorübergehend einen Betriebszwang für die Erdölgewinnung. Die Einführung eines besonderen Betriebszwangs für Erdöl wäre nicht notwendig gewesen, wenn § 65 ABG

3) Isay II S. 14, § 135 Anm. II 2

4) Isay I S. 256, § 50 Anm. III

5) Heller-Lehmann II NW 265 S. 1

6) Heller-Lehmann II NW 269 S. 1

7) Heller-Lehmann II NW 267 S. 1

8) Heller-Lehmann II NW 271

allgemein auf Grundeigentümermineralien anwendbar gewesen wäre.

Als bei der Einführung des Staatsvorbehalts an einigen bergfreien Mineralien neben dem Bergwerkseigentum und dem Grundeigentum auch noch die Bergbauberechtigungen der §§ 38 c ABG und 39c Badisches Berggesetz ⁹⁾ geschaffen wurden, ist auch bei ihnen die Anwendung der Betriebszwangsvorschriften (§ 65 ABG, § 60 Badisches Berggesetz) ausdrücklich ausgeschlossen worden. Die übrigen Landesberggesetze kennen keine besonderen Gewinnungsberechtigungen an staatsvorbehaltenen bergfreien Mineralien.

b) Die Landesberggesetze unterwarfen also nur das Bergwerkseigentum und die noch bestehenden alten Berechtigungen dem Betriebszwang, während nach dem Bodenschätze-gesetz diejenigen Bergwerksunternehmer betroffen sind, deren Betriebe der bergpolizeilichen Aufsicht unterliegen. Es muß also den Vorschriften über die Bergpolizei (Bergaufsicht ¹⁰⁾) entnommen werden, welche Bergbauberechtigten dem Betriebszwang unterliegen. Neben den Landesberggesetzen kommt hier auch noch eine früher reichsrechtliche, jetzt bundesrechtliche Regelung infrage.

aa) Nach der Reichsverordnung über die Aufsuchung und Gewinnung mineralischer Bodenschätze vom 31. Dezember 1942 (Sylvesterverordnung ¹¹⁾) unterliegt die Aufsuchung und Gewinnung der in § 1 Abs. 1 aufgeführten Mineralien der bergpolizeilichen Aufsicht (§ 2 Abs. 1), soweit sie nicht nach den Berggesetzen verliehen oder verleihbar sind. ¹²⁾ Diese Verordnung betrifft also

9) Heller-Lehmann I BW 40 S. 10

10) Ebel-Weller Anm. 5 vor § 196

11) Heller-Lehmann I BD 19 S. 1

12) Miesbach-Engelhardt Anhang AI 12 Anm. 3

nur einige Grundeigentümermineralien. Die Gewinnung bergfreier verliehener oder verleihbarer Mineralien wird nicht berührt.

bb) § 196 Abs. 1 ABG bestimmt: "Der Bergbau steht unter der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörden". Damit ist aber nur der Bergbau nach bergfreien Mineralien und aufgrund alter Berechtigungen (§ 227 ABG) gemeint. Grundeigentümermineralien im allgemeinen stehen nach dem Gesetz über die Beaufsichtigung von unterirdischen Mineralgewinnungsbetrieben und Tiefbohrungen (§ 1 Abs. 1 Ziff. 5), Erdöl nach dem Erdölgesetz (§ 2 Abs. 1 Ziff. 9) und phosphorhaltigen Mineralien nach dem Phosphoritgesetz (§ 3 Ziff. 9) unter der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörden.

cc) Im Badischen Berggesetz ist nicht nur der Bergbau (§ 144 Abs. 1), sondern nach § 144 Abs. 2 sind auch solche unterirdisch betriebenen Brüche und Gruben der Aufsicht der Bergbehörden unterstellt worden, in welchen andere als die in §§ 1 und 2 bezeichneten bergfreien Mineralien gewonnen werden..¹³⁾

dd) In Art. 253 Abs. 1 und 2 des Bayerischen Berggesetzes sind außer dem Bergbau nach bergfreien Mineralien (Art. 1) auch die unterirdischen Baue, Steinbrüche und Gräbereien auf andere Mineralien der Aufsicht der Bergbehörden unterstellt worden.¹⁴⁾

ee) Die Vorschrift des § 198 des Braunschweigischen Berggesetzes ist dem § 196 ABG nachgebildet.¹⁵⁾ Der unterirdische Abbau aller Grundeigentümermineralien unterliegt nach § 1 des Gesetzes vom 16. April 1892

13) Heller-Lehmann I BW 40 S. 33

14) Heller-Lehmann I By 70 S. 50 f.

15) Heller-Lehmann I NS 207 S. 41

betreffend den unterirdischen Abbau von Mineralien, welche dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers unterliegen, ¹⁶⁾ der bergpolizeilichen Aufsicht.

ff) Außer dem Bergbau nach bergfreien Mineralien (Art. 185 Abs. 1) fällt nach Art. 185 Abs. 4 Hessisches Berggesetz ¹⁷⁾ auch der unterirdische Bergbau einschließlich der unterirdischen Steinbrüche auf andere Mineralien unter die bergpolizeiliche Aufsicht.

gg) § 152 Abs. 1 des Oldenburgischen Bergrechts unterstellt den Betrieb eines Bergwerks der bergpolizeilichen Aufsicht. ¹⁸⁾ Der Begriff des Bergwerks ist in § 2 Abs. 3 des Gesetzes definiert: "Die Aufsuchung und die Gewinnung der im § 1 bezeichneten Mineralien - der Betrieb eines Bergwerks - haben die Verleihung von Bergwerkseigentum zur Voraussetzung."

Nicht anders ist die Rechtslage im Schaumburg-Lippischen Bergrecht. Nach § 152 Abs. 1 ¹⁹⁾ untersteht ein Betrieb zur Aufsuchung und Gewinnung der in den §§ 1 und 2 des Gesetzes bezeichneten, dem Recht des Grundeigentümers entzogenen Mineralien der bergpolizeilichen Aufsicht.

hh) Das Württembergische Berggesetz unterstellt in Art. 178 Abs. 1 und 3 ²⁰⁾ außer dem Bergbau auf bergfreie auch die unterirdisch betriebenen Brüche und Gruben auf andere Mineralien der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörden.

16) Heller-Lehmann I NS 208 S. 1

17) Heller-Lehmann II RP 332 S. 32 f.

18) Heller-Lehmann I NS 219 S. 35

19) Heller-Lehmann I NS 220 S. 34

20) Heller-Lehmann I BW 47 S. 34

ii) Nach dem Berggesetz von Sachsen-Weimar-Eisenach steht wiederum nur der Bergbau unter der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörden (§ 248 Abs. 1). Die Gewinnung anderer als der bergfreien Mineralien ist nicht der Aufsicht der Bergbehörden unterstellt worden. ²¹⁾

d) Es ergibt sich also aus den Landesberggesetzen und hinsichtlich einiger Grundeigentümermineralien aus der Sylvesterverordnung, welche Bergbauberechtigungen dem Betriebszwang des Bodenschätzegesetzes unterworfen werden können. Überwiegend ist die Aufsicht der Bergbehörden nicht auf die Gewinnung der enumerativ bestimmten bergfreien Mineralien beschränkt. Unter der Aufsicht der Bergbehörde stehen auch Betriebe, in denen Grundeigentümermineralien gewonnen werden. Der Betriebszwang des Bodenschätzegesetzes ist also umfassender als der Betriebszwang nach den Landesberggesetzen.

Im einzelnen kommen also folgende Bergbauberechtigungen für die Auferlegung einer Betriebspflicht infrage:

- aa) Das Bergwerkseigentum an bergfreien Mineralien,
- bb) das nur dem Staat verleihbare Bergwerkseigentum an staatsvorbehaltenen bergfreien Mineralien (unechter Staatsvorbehalt ²²⁾, § 2 ABG),
- cc) das ohne Verleihung von Bergwerkseigentum bestehende Verfügungsrecht des Staates über bergfreie Mineralien (Art. 2 Bayerisches Berggesetz ²³⁾, echter Staatsvorbehalt),

21) ZfB 46, 314 (371)

22) Willecke, S. 22 f.

23) Miesbach-Engelhardt, Anm. 2 vor Art. 1/§ 2

dd) das Verfügungsrecht des Staates über Grundeigentümermineralien (echter Staatsvorbehalt ²⁴⁾,

ee) der Grundeigentümerbergbau.

Dazu kommen die aus diesen Berechtigungen abgeleiteten Bergbauberechtigungen:

ff) Die Rechtspacht beim Bergwerkseigentum ²⁵⁾,

gg) die Berechtigungen nach §§ 38c ABG, 39c Badisches Berggesetz beim unechten Staatsvorbehalt,

hh) die öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ²⁶⁾ ausgestalteten Gewinnungserlaubnisse beim echten Staatsvorbehalt,

ii) privatrechtliche Ausbeutungsverträge mit den Grundeigentümern.

d) Objekt der Bergbauberechtigung können nach dem Wortlaut des Bodenschätzgesetzes Mineralien, Steine, Erden und ähnliche Stoffe sein (§ 1 Abs. 2). Auf die Zugehörigkeit einer Lagerstätte zu den Mineralien, Steinen und Erden im strengen naturwissenschaftlichen Sinn kommt es also nicht an. Das ausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmal "ähnliche Stoffe" sprengt den Rahmen geologischer Einteilungen. Zur näheren Bestimmung der "ähnlichen Stoffe" bietet sich als einziger Anhaltspunkt der wirtschaftspolitische Zweck des Bodenschätzgesetzes ²⁷⁾ an. Im

24) Pr. Phosphoritgesetz, Pr.Erdölverordnung; Willecke S. 23

25) Ebel-Weller, Anm. 2) lit. g) zu § 50 ABG

26) Miesbach-Engelhardt, Art. 2/§ 2 Anm. 9a);
Ebel-Weller Anh. II A 30 § 2 Anm. 1)

27) Begründung ZfB 77 S. 311

Vordergrund steht das gesamtwirtschaftliche Interesse an der Gewinnung von Bodenschätzen. Als "ähnliche Stoffe" im Sinn des § 1 Abs. 2 sind daher die gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Bestandteile der Erdrinde anzusehen.

Mit allen Berechtigungen zur Gewinnung von Bodenschätzen kann also eine Betriebspflicht verbunden werden. Bodenschätze sind nicht nur die Mineralien, Steine und Erden im naturwissenschaftlichen Sinn. Auch sonstige Ablagerungen in der Erdrinde kommen infrage, sofern sie gesamtwirtschaftlich wichtig sind.

2. Die Art der Verpflichtung

In Abkehr vom generellen gesetzlichen Betriebszwang des Allgemeinen Landrechts enthielt § 65 ABG nur noch die Möglichkeit, im Einzelfall eine Betriebspflicht aufzuerlegen.²⁸⁾ Im Bayerischen Bergrecht wurde dann nach dem ersten Weltkrieg zur Linderung dringender Kohlennot wieder ein allgemeiner gesetzlicher Betriebszwang eingeführt.²⁹⁾

Das Bodenschätzegesetz läßt nicht ganz klar erkennen, ob die Bergbauberechtigten einem allgemeinen gesetzlichen Betriebszwang unterliegen, oder ob nur im Einzelfall eine Betriebspflicht auferlegt werden kann. Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 sind Bergbauberechtigte verpflichtet, nach näherer Anordnung der Bergbehörde mit den zur Aufsuchung und Gewinnung geeigneten Arbeiten zu beginnen. § 1 untersagt die Einstellung oder Aussetzung eines von der Bergbehörde angeordneten Betriebs.

28) Motive ZfB 6, S. 55 (135)

29) Begründung zum bayerischen Änderungsgesetz vom 10. Okt. 1919, ZfB 61, S. 60 (61)

Die Wendung "Bergbauberechtigte sind verpflichtet" deutet darauf hin, daß schon das Gesetz eine konkrete Verpflichtung begründet. Mit der "näheren Anordnung der Bergbehörde" muß nicht unbedingt die Auferlegung der Betriebspflicht im Einzelfall gemeint sein. Diese Anordnungen können sich auch auf die "geeigneten Arbeiten" beziehen. Dann würden sie lediglich die schon bestehende allgemeine Betriebspflicht näher ausgestalten. Jedoch untersagt § 2 die Einstellung eines angeordneten Betriebes. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn die "Fortsetzung" der Gewinnungsarbeiten (§ 1 Abs. 1 S. 1) schon aufgrund eines allgemeinen Betriebszwanges geboten wäre.

Auch in der amtlichen Begründung des Gesetzes wird erwähnt, daß kein allgemeiner gesetzlicher Betriebszwang geschaffen werden sollte. Es wurde vielmehr beabsichtigt, der Bergbehörde zu ermöglichen, Bergbauberechtigte von Fall zu Fall zur Ausbeutung ihrer Vorkommen verpflichten zu können.³⁰⁾

Ähnlich wie § 65 ABG und in Abkehr vom Betriebszwang des Allgemeinen Landrechts und Art. 68 des Bayerischen Berggesetzes enthält das Bodenschätzegesetz also keine allgemeine Verpflichtung der Bergbauberechtigten, die ihnen zustehenden Bodenschätze zu gewinnen. Eine Betriebspflicht wird erst im Einzelfall durch die Anordnung der Bergbehörde begründet.³¹⁾

30) Begründung ZfB 77, S. 311 (313)

31) Miesbach-Engelhardt Anh. A I 5 Anm. 1 zu § 1

3. Der Eintritt der Betriebspflicht

a) Das Bodenschätzegesetz sollte den Betriebszwang von den Unzulänglichkeiten und Beschränkungen der landesrechtlichen Regelungen befreien.³²⁾ Während im alten deutschen Bergrecht die Freifahrung allein an die Tatsache des Nichtbetriebs anknüpfte, beschränkte der für das moderne deutsche Landesbergrecht maßgebliche § 65 ABG die Betriebspflicht auf Einzelfälle, in denen sie durch volkswirtschaftliche oder bergpolizeiliche Gründe gerechtfertigt war.³³⁾ Überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses mussten den Betrieb erforderlich machen (§ 65 Abs. 1 ABG). Es genügte also nicht jeder sachlich vertretbare Grund, um den Betriebszwang zu rechtfertigen. Ferner durften die Gründe, die für eine Unterlassung des Betriebes sprachen, nicht schwerer wiegen.

Als hinreichende Gründe des öffentlichen Interesses werden in den Motiven zum ABG angesehen: Die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und die Beeinträchtigung der Bedürfnisse der Konsumenten durch die Unterlassung des Betriebes.³⁴⁾ Diese Gesichtspunkte waren schon in Art. 49 des französischen Gesetzes über Bergwerke, Gräbereien und Steinbrüche vom 21. April 1810 enthalten, das vor Erlass des ABG im linksrheinischen Preußen galt. Allerdings sah das französische Recht auch unter diesen Voraussetzungen noch keinen Betriebszwang vor. Der Präfekt hatte nur eine dienstliche Meldung an den Innenminister zu machen. Das Bergwerkseigentum war auf Wunsch Napoleons durch das Gesetz von 1810 in jeder Hinsicht dem Grundeigentum gleichgestellt worden. Seine Entziehung war daher nicht möglich.³⁵⁾

32) Begründung ZfB 77, S. 311 (312, lit. A)

33) Motive ZfB 6, S. 55 (73)

34) Motive ZfB 6, S. 55 (135)

35) Heinrich Achenbach, Das französische Bergrecht, ZfB 9, S. 244 (259 f.)

In Preußen war der Betriebszwang auch Gegenstand einiger Rekursverfahren. Bemerkenswert ist dabei, daß die Initiative zur Anwendung des § 65 ABG nicht von der Bergbehörde, sondern von privaten Dritten ausging, die an der Förderung aus den betreffenden Bergwerken interessiert waren.

Im Rekursbescheid des preußischen Handelsministers vom 16. Februar 1867 ³⁶⁾ wurde festgestellt, daß die Ersparnisse von Transportkosten für Hüttenwerke oder private Haushalte durch den Bezug von Kohle aus einer nahegelegenen Zeche noch kein öffentliches Interesse im Sinn des § 65 Abs. 1 begründete.

Im Rekursbescheid vom 8. März 1871 ³⁷⁾ wurde ebenfalls die Verbilligung von Brennmaterial für einige Ziegeleien durch Ersparnis von Transportkosten nicht für hinreichend gehalten.

Ein Bescheid des Ministers für öffentliche Arbeiten vom 17. Februar 1885 ³⁸⁾ bejahte das öffentliche Interesse zwar grundsätzlich, wenn durch die Inbetriebnahme einer Zeche nähergelegene und mehr Arbeitsplätze beschafft werden konnten. Dennoch wurde in dem zu entscheidenden Fall der Nachteil eines unwirtschaftlichen Betriebs für schwerwiegender gehalten.

Der Bescheid des preußischen Ministers für Handel und Gewerbe vom 3. Mai 1901 ³⁹⁾ sah es nicht als ausreichenden Grund an, daß Arbeitern lediglich günstiger gelegene Arbeitsplätze beschafft werden sollten. Hilfsweise wurde allerdings auch auf die mangelnde Rentabilität der zu eröffnenden Zwecke verwiesen.

36) ZfB 8, S. 126

37) ZfB 12, S. 142 f.

38) ZfB 26, S. 402 f.

39) ZfB 42, S. 366 f.

Der Gesetzentwurf betreffend Abänderung der §§ 65, 156 bis 162, 207a des Allgemeinen Berggesetzes ... vom 23. September 1899 ⁴⁰⁾ sah zur Verbesserung des Betriebszwangsverfahren einen eingehend geregelten Zwangsbetrieb vor. An den materiellen Voraussetzungen der Betriebspflicht sollte jedoch nichts geändert werden. Dieser Gesetzentwurf wurde später von der preußischen Staatsregierung wieder zurückgezogen. ⁴¹⁾ In der amtlichen Begründung dieses Entwurfs wurde der Schaden für Gemeinden und Arbeiter, der durch die Stilllegung rentabler Zechen entstehen könnte, als Rechtfertigungsgrund für die Auferlegung einer Betriebspflicht angesehen. ⁴²⁾

In den Lehrbüchern und Kommentaren zum Allgemeinen Berggesetz wird überwiegend auf die Motive und die Rekursbeschlüsse zu § 65 ABG Bezug genommen. ⁴³⁾ Für Art. 68 Bayerisches Berggesetz in seiner ursprünglichen, § 65 ABG nachgebildeten Fassung ist auch das allgemeine Interesse an der wirtschaftlichen Entwicklung als hinreichend angesehen worden, welche durch die Eröffnung von Bergwerksbetrieben gefördert werde. ⁴⁴⁾ Auch der Zwang, mangels Gewinnung im Inland Mineralien zu unzumutbaren Bedingungen einführen zu müssen, wird angeführt. ⁴⁵⁾ Nicht als Zweck des Betriebszwangsverfahrens anerkannt, aber de lege ferenda empfohlen war seine Handhabe gleichermaßen als Aufgebotsverfahren zur Beseitigung alter, ungenutzter und wertloser Bergbauberechtigungen. ⁴⁶⁾

40) ZfB 46, S. 139

41) ZfB 46, S. 441

42) ZfB 46, S. 148 (151 f.)

43) Arndt, Anm. 1 zu § 65; Boldt, Anm. 2 zu § 65; Brassert-Gottschalk, Anm. 3 zu § 65; Isay I, Anm. A zu § 65; Klostermann-Thielmann, Anm. 2 zu § 65; Willecke S. 48

44) Nothaas-Miesbach, Anm. zu Art. 68

45) Miesbach-Engelhardt, Anm. 4 a zu Art. 68/§ 65

46) Müller-Erzbach, S. 119, Miesbach-Engelhardt, Anm. 1a zu Art. 214/§ 157

Schon die Motive zum ABG erkannten aber an, daß keinesfalls ein Zwang zum unrentablen Betrieb ausgeübt werden sollte.⁴⁷⁾ Der gescheiterte Gesetzentwurf vom 23. September 1899 enthielt diesen Grundsatz der Klarheit halber sogar in einem Satz 2 zu § 65 Abs.1.⁴⁸⁾ Zechen müssen zur Sicherung der zukünftigen Förderung auch Reservfelder halten können.⁴⁹⁾

Die Fassung des § 65 lässt nicht erkennen, daß nur mangelnde Rentabilität als Grund für den Nichtbetrieb infrage kam. Dem öffentlichen Interesse an der Betriebsaufnahme konnten Gründe jeglicher Art entgegengehalten werden, deren Bedeutung dann mit dem öffentlichen Interesse zu messen war.

Eine Betriebspflicht konnte also aus bergpolizeilichen Gründen, zur Sicherung der Versorgung mit mineralischen Rohstoffen, zur Arbeitsplatzbeschaffung, zur Förderung der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung und zur Ersparnis unzumutbarer Importe angeordnet werden, falls nicht schwerwiegendere Gründe gegen die Betriebsaufnahme sprachen.

b) Das Bodenschätzegesetz machte den Betriebszwang von diesen tatbestandlichen Beschränkungen frei. Es fragt sich, ob damit eine andere sachlich-rechtliche Grundlage gegeben worden ist. Möglicherweise sollte die Bergbehörde auch nur formal von einer Prüfung tatbestandsmäßiger Voraussetzungen und widerstreitender Interessen entlastet werden. Da das Gesetz selbst keine Anhaltspunkte zur Beantwortung dieser Frage bietet, muß seine amtliche Begründung herangezogen werden.

47) Motive ZfB 6, S. 55 (135)

48) Entwurf ZfB 46, S. 148 (149, 154)

49) Miesbach-Engelhardt, Art. 68/§ 65 Anm. 3

Hauptaufgabe des Betriebszwangs bleibt auch nach der reichsrechtlichen Regelung, die Aufsuchung und Gewinnung der inländischen Bodenschätze sicherzustellen, soweit sie für das wirtschaftliche Leben notwendig sind. ⁵⁰⁾

Neben der Sicherung des Rohstoffbedarfs der Wirtschaft ⁵¹⁾ enthält die amtliche Begründung noch folgende, die Auferlegung einer Betriebspflicht rechtfertigende Gründe:

aa) Die beschleunigte Erschließung der inländischen Lagerstätten sollte die erfolgreiche Durchführung des Wirtschaftsprogramms der Reichsregierung - Vierjahresplan - unterstützen. ⁵²⁾

bb) Die Bedeutung von Betriebseinstellungen für die "Gefolgschaft" wurde anerkannt. ⁵³⁾

cc) Durch eine Verpflichtung der Bergbauberechtigten zur Vornahme von Aufsuchungsarbeiten sollte eine Klärung der geophysikalischen Untergrundverhältnisse erreicht werden. ⁵⁴⁾

Andererseits wurden aber auch Einschränkungen gemacht. Die Auferlegung einer Betriebspflicht war als äußerste Maßnahme erst dann angebracht, wenn andere Mittel, z.B. ein Zulegungsverfahren, erfolglos geblieben waren. ⁵⁵⁾ Die Notwendigkeit von Reservefeldern war anerkannt. ⁵⁶⁾ Eine Beeinträchtigung der Realkreditunterlage durch eine unnötige Gefährdung des bergbaulichen Besitzstands sollte vermieden werden. ⁵⁷⁾

50) Erlaß ZfB 78 S. 17, Ziff. I

51) und 52) Begründung ZfB 77 S. 311, lit. A

53) und 54) Begründung ZfB 77 S. 311 (313, lit. B zu § 1)

55) Erlaß ZfB 78 S. 17 Ziff. I

56) und 57) Begründung ZfB 77, S. 311 (313, lit. B zu § 1)

Bergpolizeiliche Gründe und der gesamtwirtschaftliche Nutzen aus laufenden Betrieben werden nicht mehr als hinreichend für die Auferlegung einer Betriebspflicht genannt. ⁵⁸⁾ Besonders betont werden die Autarkiebestrebungen des damaligen Vierjahresplans. Neu ist die Erforschung der Lagerstätten als Ziel der Betriebszwangsregelung. Man vermißt die schon von Müller-Erzbach ⁵⁹⁾ vorgeschlagene Handhabe des Betriebszwangs zur Beseitigung alter, ungenutzter und wertloser Berechtigungen, die im Interesse eines übersichtlichen Berechtsamewesens wünschenswert wäre. Offenbar muß man aber die in der amtlichen Begründung genannten Ziele als abschließenden Katalog ansehen. Im Erlaß des Reichs- und preußischen Wirtschaftsministers vom 16. Februar 1938 wird jedenfalls die Anwendung des Bodenschätzgesetzes zur Bereinigung der Berechtigungsverhältnisse abgelehnt. ⁶⁰⁾

c) Eine rechtliche Bindung der Bergbehörde an die in der amtlichen Begründung genannten Ziele und Zwecke des Gesetzes in der Art einschränkender Tatbestandsmerkmale besteht jedoch nicht. Der gesetzliche Tatbestand war ja gerade deshalb vereinfacht worden, um die Anwendung des Betriebszwangs zu erleichtern.

Dennoch sind die Ausführungen in der amtlichen Begründung nicht bedeutungslos. § 1 Abs. 1 S. 1 Bodenschätzgesetz läßt nicht erkennen, ob die Bergbehörde verpflichtet ist, dem Bergbauberechtigten eine Betriebspflicht aufzuerlegen. Möglicherweise hat sie auch einen Ermessensspielraum, wie ihn § 65 Abs. 1 ABG vorsah.

Nach heutiger Auffassung spricht bei der Eingriffsverwaltung eine Vermutung für die rechtliche Bindung

58) Bergpolizeiliche Gründe können aber nach § 4 bei der Mißachtung der Betriebspflicht Bedeutung haben.

59) Müller-Erzbach, S. 119

60) Erlaß ZfB 78, S. 17 (18 f., Ziff. 3)

der Behörde, ⁶¹⁾ wenn es auch rechtstaatlich unbedenklich ist, daß aufgrund von "Kann-Bestimmungen" in den Rechtskreis der Bürger eingegriffen wird. ⁶²⁾ Früher wurde jedoch allein der Zweck der Vorschrift für maßgeblich gehalten. ⁶³⁾ Insbesondere Ermächtigungen des autoritären Verwaltungsstaates sprechen eher für einen Ermessensspielraum, als für eine strikte rechtliche Bindung der Verwaltung. ⁶⁴⁾

Bei einer strikten rechtlichen Bindung müßte die Bergbehörde in jedem Fall die Aufschließung und Gewinnung eines Vorkommens erzwingen. Es wäre ihr nicht möglich, die in der amtlichen Begründung für und gegen die Anwendung des Betriebszwangs genannten Gründe im Einzelfall zu berücksichtigen, da diese absichtlich nicht in den gesetzlichen Tatbestand aufgenommen worden sind. Dann wären aber die eingehenden Ausführungen in der Begründung überflüssig gewesen. Zu beachten ist auch, daß aktueller Anlaß des Gesetzes die Durchführung des Vierjahresplans war. Es ist zweifelhaft, ob der Betriebszwang dessen Zielen immer dienlich gewesen wäre. Es liegt daher näher, die Einräumung eines Ermessensspielraums als eine rechtliche Bindung der Bergbehörde anzunehmen. Dann sind die in der Begründung des Gesetzes angeführten Gesichtspunkte aber als Richtlinien für die Ausübung des Ermessens anzusehen, die dessen Grenzen bestimmen.

Die Bergbehörde war nach dem Bodenschätzegesetz also grundsätzlich frei in ihrer Entscheidung, einen Bergbauberechtigten zur Aufsuchung und Gewinnung zu verpflichten. Sie hatte sich aber nach dem gesamtwirtschaftlichen Interesse an der Erforschung der Lagerstätten und der Versorgung mit mineralischen Rohstoffen

61) Huber II, S. 654 (§ 106 I 1 lit. d)

62) BVerfG E 9, 137 (148)

63) Jellinek S. 31 ff. (§ 2 II 2)

64) Huber II, S. 655 (§ 106 I 1 lit. f)

nach der Arbeitsmarktlage und nicht zuletzt nach den Erfordernissen des Vierjahresplans zu richten. Dabei war das Bedürfnis des Bergbaus nach einer gesicherten Realkreditunterlage und die Notwendigkeit der Feldesreserve zu berücksichtigen. Die gesetzliche Ermächtigung von großer Tragweite sollte nur im äußersten Fall in Anspruch genommen werden.

4. Der Inhalt einer Betriebsanordnung

a) Der Bergbauberechtigte kann nicht nur zur Gewinnung, sondern auch zur Aufsuchung verpflichtet werden (§ 1 Abs. 1 S. 1 Bodenschätzgesetz). Sind Anhaltspunkte für die Existenz einer Lagerstätte vorhanden, kann eine Betriebspflicht auferlegt werden.⁶⁵⁾ Es besteht also schon eine Schürfpflicht, denn es ist nicht ersichtlich, daß im Bodenschätzgesetz unter "Aufsuchung" etwas anderes zu verstehen ist als in § 3 Abs. 1 ABG.

Bei den bergfreien, nicht unter den Staatsvorbehalt fallenden Mineralien kann allerdings keine Schürfpflicht bestehen. Sie sind herrenlos,⁶⁶⁾ die Gewinnungsberechtigung entsteht erst nach erfolgreichem Schürfen und Muten durch die Verleihung des Bergwerkseigentums. Eine Schürfpflicht wäre zwar auch als Gegenstück zu einer besonderen, vom Gewinnungsrecht zu trennenden Schürfberechtigung denkbar. Ein Schürfschein ist jedoch im gegenwärtig geltenden Bergrecht unbekannt.⁶⁷⁾ Das Schürfen von bergfreien, nicht staatsvorbehaltenen Mineralien ist jedermann ohne weiteres gestattet (§ 3 Abs. 1 ABG), ohne daß es einer besonderen Berechtigung bedarf.⁶⁸⁾ Es fehlt also auch an einem Schürfberechtigten, der mit einer Schürfpflicht belastet werden könnte.

65) Begründung ZfB 77, S. 311 (313, lit. B zu § 1)

66) Boldt S. 17 (§ 1 Anm. 4)

67) Müller-Erzbach S. 144, 146

68) Miesbach-Engelhardt Anm. 9 a zu Art. 2/§ 2

b) Nach § 65 Abs. 1 ABG konnte nur die Aufnahme oder die Fortsetzung eines Betriebes verlangt werden. Über dessen Intensität konnten dem Bergbauberechtigten keine Vorschriften gemacht werden. Art. 68 Abs. 3 Bayerisches Berggesetz n.F. jedoch gab der Behörde eine Eingriffsmöglichkeit, wenn die Förderung unter dem durch das öffentliche Wohl gebotenen Umfang gehalten wurde.

Auch das Bodenschätzgesetz sieht eine Verpflichtung nur zum Beginn, zur Fortsetzung oder zum Wiederbeginn des Betriebs von Bergwerken vor; die Festsetzung einer Mindestförderung wird nicht erwähnt. Obwohl dies praktisch auch kaum durchführbar sein dürfte, weil die Menge der anfallenden Mineralien und die Möglichkeiten ihrer Gewinnung nur näherungsweise bekannt sein können, ordnet § 3 Abs. 1 Bodenschätzgesetz die Entziehung der Berechtigung auch für den Fall des Zurückbleibens des Betriebs hinter dem von der Bergbehörde angeordneten Umfang an. Man konnte deshalb annehmen, daß die Bergbehörde bei Auferlegung der Betriebspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 1 Bodenschätzgesetz auch Bestimmungen über die Förderkapazität treffen kann. Allerdings ist der Begriff "Umfang des Betriebs" nicht eindeutig. Bestimmungen über den Betriebsumfang werden auch dann getroffen, wenn festgelegt wird, an welchen von mehreren Betriebspunkten mit den Gewinnungsarbeiten zu beginnen ist. Trotz dieser Mehrdeutigkeit und der großen praktischen Schwierigkeiten spricht die wirtschaftspolitische Zielsetzung des Gesetzes dafür, daß die Bergbehörde die Möglichkeit haben soll, im Einzelfall wenigstens eine vorsichtig bemessene - Mindestfördermenge als untere Grenze der Betriebsleistung festzusetzen. Andernfalls könnte die Betriebspflicht durch Aufnahme eines Scheinbetriebs umgangen werden.

Bergbauberechtigte könnten also nicht nur zur erstmaligen oder neuerlichen Vornahme oder weiteren Durchführung von Gewinnungsarbeiten verpflichtet werden. Ihnen kann dabei auch eine Mindestförderung vorgeschrieben werden. Eine Verpflichtung zur Aufsuchung eines Vorkommens kann erfolgen, sofern vor dem Schürfen überhaupt eine Berg-

bauberechtigung bestehen kann. Bei den bergfreien, nicht dem Staat vorbehaltenen Mineralien und beim unechten Staatsvorbehalt ist das nicht der Fall. Bei ihnen entfällt ein Schürfwang.

5. Die Wirkung des Betriebszwangs

Die Betriebsanordnung der Bergbehörde bewirkt eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Bergbauberechtigten. Anknüpfungspunkt ist dabei - abgesehen vom echten Staatsvorbehalt - Grundeigentum oder Bergwerkseigentum. Auf das Bergwerkseigentum sind die Vorschriften über Grundstücke subsidiär anwendbar (§ 50 Abs. I ABG). Das Gleiche gilt von dem Gewinnungsrecht nach §§ 38c ABG, 39c Badisches Berggesetz. Es könnte daher möglich sein, daß die Betriebsanordnung nicht nur eine persönliche Verpflichtung des Bergbauberechtigten, sondern auch eine dingliche Belastung des Grundeigentums, des Bergwerkseigentums oder des Gewinnungsrechts nach §§ 38c ABG, 39 c Badisches Berggesetz begründet.

Die Begründung einer dinglichen Belastung war weder in den Landesberggesetzen vorgesehen, noch ist sie im Bodenschätzegesetz enthalten. Die Betriebsanordnung kann daher nur persönlich wirken. Veräußert der mit dem Betriebszwang belegte Bergbauberechtigte sein Gewinnungsrecht, muß der Erwerber eigens zum Betrieb verpflichtet werden. ⁶⁹⁾

69) Müller-Erzbach S. 202;
Entwurf ZfB 46, S. 148 (151)
Begründung ZfB 77, S. 311 (314, lit. B zu § 1 am Ende):
Die dem schuldrechtlich zur Ausbeutung Berechtigten gegenüber erlassene Betriebsanordnung kann auch dem dinglich Berechtigten zugestellt werden. Andernfalls wirkt sie nicht gegen diesen.

IV. Verfassungsmäßigkeit des Betriebszwangs

1. Stand der Meinungen

a) Das Weitergelten des Bodenschätzgesetzes ist von Isay ¹⁾ wegen nationalsozialistischer und totalitärer Tendenzen angezweifelt worden. Boldt ²⁾ verweist demgegenüber auf die Tradition des Betriebszwangs im deutschen Bergrecht. Das Bodenschätzgesetz diene nach Klapper ³⁾ auch nicht allein der Durchführung des Vierjahresplans, vielmehr sollten auch die wenig bewährten landesrechtlichen Vorschriften ersetzt werden. Die Sicherung der Rohstoffversorgung als wirtschaftlicher Zweck des Bodenschätzgesetzes ist im Gegensatz zu den Autarkiebestrebungen nach Krautschneider ⁴⁾ auch kein eigenartiger Bestandteil der nationalsozialistischen Wirtschaftsverfassung und daher heute noch anzuerkennen. Auch Zimmer ⁵⁾ hält das Bodenschätzgesetz nicht für typisch nationalsozialistisch und deshalb unanwendbar.

b) Schwieriger ist die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 14 GG. Es wird für möglich gehalten, daß bestimmte Maßnahmen nach dem Bodenschätzgesetz Enteignungscharakter haben können, ohne daß ein generelles Abgrenzungskriterium gegeben sei. Erst im Einzelfall soll

1) Isay, Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts, S. 8

2) Boldt, Staat und Bergbau, S. 42

3) Klapper, Vereinheitlichung des deutschen Bergrechts, ZfB 94, S. 68 (73)

4) Krautschneider, Die bergrechtlichen Nebengesetze ..., ZfB 97, S. 91 (92 f.)

5) Zimmer, Die Bergbauberechtigung, Glückauf 1955, S. 524 (526)

sich zeigen, ob eine entschädigungspflichtige Enteignung vorliegt. Dann muß die Maßnahme der Bergbehörde im Allgemeinwohl geboten sein; der Betroffene ist angemessen zu entschädigen. ⁶⁾

Nach anderer Ansicht bedarf das Bodenschätzgesetz verfassungskonformer Auslegung. Soweit der Betriebszwang eine Entziehung oder Beschränkung des Eigentums darstellt, darf er nur zum Wohl der Allgemeinheit angewendet werden. ⁷⁾

Es wird auch die Ansicht vertreten, das Bodenschätzgesetz sei schlechthin mit der Eigentumsgarantie unvereinbar. Aus der Gemeinschaftsbindung des Eigentums folge noch nicht die Verpflichtung zum Eigentumsgebrauch. Soweit dem Eigentümer ein Tätigwerden geboten werde, sei auch ein Verstoß gegen Art. 12 GG festzustellen. ⁸⁾

Im Bodenschätzgesetz wird auch ein Eingriff in den Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG) des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) gesehen. Der Kreis der unter dieses Gesetz fallenden Mineralien sei praktisch uneingeschränkt; jedem beliebigen Eigentümer könne eine Betriebspflicht auferlegt werden. Nur solche Einschränkungen des Eigentums seien aber zulässig, die vom allgemeinen Wohl zwingend erfordert werden. ⁹⁾

c) Denkbar wäre auch noch eine Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

6) Miesbach-Engelhardt, Anh. A I 5 Anm. 1 zu § 1

7) Ebel-Weller, Anh. III 16 Anm. 1 zu § 1

8) Hamann, Anm. B 5 d zu Art. 14 GG

9) Zimmer, Die Bergbauberechtigung, Glückauf 1955, S. 524 (526)

Zwar ist bestritten, ob hier überhaupt ein Grundrecht vorliegt. ¹⁰⁾ Das Bundesverfassungsgericht sieht diese Verfassungsbestimmung aber als Grundrecht an, auf das sich der Einzelne dann berufen kann, wenn ein Lebensbereich nicht durch besondere Grundrechtsbestimmungen geschützt ist. ¹¹⁾ Die allgemeine Handlungsfreiheit ist als Auffanggrundrecht anzusehen. ¹²⁾ Ihre Beeinträchtigung ist zu prüfen, wenn sich aus Art. 12 und 14 GG keine Entscheidung ergibt.

Dabei kann eine Verletzung von Art. 12 GG von vornherein ausgeschlossen werden. "Beruf" ist jede zum Erwerb des Lebensunterhalts dienende, nicht nur gelegentliche Tätigkeit, die keinem Menschen aufgezwungen werden darf. ¹³⁾ Mit der Auferlegung einer Betriebspflicht soll in erster Linie ein wirtschaftlicher Erfolg erreicht werden, die persönliche Mitarbeit des Bergbauberechtigten ist dabei unwesentlich. Sie ist im Bodenschätzgesetz auch nicht vorgesehen. Art. 12 GG wird also gar nicht berührt.

2. Die Reichweite des Eigentumsschutzes

a) Beim Bodenschätzgesetz handelt es sich zwar um vorkonstitutionelles Recht. Beim Schutz des Einzelnen vor ungerechtfertigten hoheitlichen Eingriffen kann aber nicht zwischen der Anwendung vor- und nachkonstitutioneller Gesetze unterschieden werden. In beiden Fällen erfolgt gleichermaßen ein Eingriff in die Eigentumssphäre. Da der Schutz gegen den konkreten Eingriff entscheidend ist, kommt es nicht darauf an, ob das angewendete Recht älter oder jünger ist als das Grund-

10) von Mangoldt-Klein, I, Art. 2 GG Anm. II 1 mit Nachweisen

11) BVerfGE 6, S. 32 (37)

12) Wolff, S. 181 (§ 33 V b 15)

13) Wolff, S. 176 (§ 33 V b 12 beta)

gesetz. ¹⁴⁾ Auch das Weitergelten des Bodenschätze-gesetzes nach dem Erlass des Grundgesetzes kann daher an Art. 14 GG geprüft werden.

b) Bergbauberechtigungen ergeben sich nicht nur aus den privatrechtlichen Instituten des Bergwerkseigentums und des Grundeigentums. Beim echten Staatsvorbehalt haben die Länder unmittelbar das Recht zur Aufsuchung und Gewinnung. ¹⁵⁾ An private Unternehmer werden Aufsuchungserlaubnisse erteilt, die teilweise öffentlich-rechtlicher Natur sind. ¹⁶⁾

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist in die Eigentumsgarantie jedes vermögenswerte Recht einbezogen, auch wenn es öffentlich-rechtlicher Art ist. ¹⁷⁾ Dagegen behandeln das Bundesverfassungsgericht und das Bundesverwaltungsgericht öffentlich-rechtliche Positionen nicht schlechthin als Eigentum. ¹⁸⁾

Ob öffentlich-rechtliche Rechte denkbar sind, die so starke privatrechtliche Elemente enthalten, daß sie dem verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums zugeordnet werden müssen, läßt das Bundesverfassungsgericht dahingestellt sein. ¹⁹⁾ Kriterium für die ausnahmsweise eingreifende Eigentumsgarantie soll der Erwerb des Rechts durch eigene Leistung und eigenen Kapitalaufwand sein. ²⁰⁾ Unter diesen Gesichtspunkten muß von Fall zu Fall entschieden werden, ob die Eigentumsgarantie auch bei den öffentlich-rechtlichen Konzessionen eingreift.

14) BGHZ 6, S. 270 (274)

15) Willecke S. 23

16) Miesbach-Engelhardt Art. 2/§ 2 Anm. 9 und 9a;
Ebel-Weller Anh. II A 30 Anm. 2 zu § 2

17) BGHZ 6, S. 270 (278)

18) BVerfGE 4, S. 219 (240); BVerwGE 3, S.254 (256 f.)

19) BVerfGE 2, S. 380 (402) 20) BVerfGE 1, S.264 (278)

Unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen also auf jeden Fall der Grundeigentümerbergbau und das Bergwerkseigentum.²¹⁾ Gleiches gilt für die abgeleiteten Berechtigungen (§§ 38 c ABG, 39 c Badisches Berggesetz; Bergwerkspacht und schuldrechtliche Ausbeutungsverträge). Sie haben Vermögenswert²¹⁾ und sind privatrechtlicher Natur.

5. Der Inhalt der Bergbauberechtigung

a) Vor hoheitlichen Eingriffen wird beim Sacheigentum auch die Dispositionsfreiheit des Eigentümers (§ 903 BGB) geschützt.²²⁾ Der Eigentümer kann grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob er den wirtschaftlichen Nutzen aus seinen Vermögensgegenständen zieht.

b) Die Bergbaufreiheit scheint dem Bergwerkseigentümer diese Entscheidungsfreiheit aber zu beschränken. Anders ist es jedenfalls nicht zu erklären, wenn der Betriebszwang als notwendiges Korrelat zur Bergbaufreiheit bezeichnet wird.²³⁾ Es ist daher zu prüfen, warum die Ausschließung der Verfügungsgewalt der Grundeigentümer auch Konsequenzen für den Inhalt des Bergwerkseigentums haben mußte.

Der Streit um die Zuordnung der Bodenschätze wurde im wesentlichen deshalb zuungunsten des Grundeigentums entschieden, weil sich die Aufteilung von Grund und Boden hauptsächlich nach der Nutzbarkeit der Erdoberfläche richtet. Dem Grundeigentümer wird auch eine Abneigung gegen die aufwendige, aber volkswirtschaftlich

21) von Mangoldt-Klein I Art. 14 Anm. III 1 b

22) BGHZ 6, S. 270 (284)

23) Motive ZfB 6, S. 55 (70); Brassert-Gottschalk I, Anm. I zu § 65

erwünschte Mineralgewinnung unterstellt. ²⁴⁾ Aus der geschichtlichen weitgehenden Ausschaltung des Grundeigentums bei der Gewinnung der Bodenschätze läßt sich entnehmen, daß es herkömmlicherweise nicht den zufälligen Fähigkeiten und der Willkür des jeweils an der Oberfläche Berechtigten überlassen sein sollte, vorhandene Bodenschätze zu nutzen.

Da auch beim Bergwerkseigentum Unvermögen und Willkür die erwünschte Mineralgewinnung behindern können, ist ebenfalls Vorsorge angebracht. Nicht nur die überlieferte Freifahrung spricht für die Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Bergwerkseigentümers. Auch die Einführung des Staatsvorbehalts im modernen Bergrecht erfolgte, weil die Bergbaufreiheit dem Bergwerkeigentümer zuviel Möglichkeiten gab, die Gewinnung der Bodenschätze zu behindern. ²⁵⁾

Bei der Nutzung der Bodenschätze geht also das Gemeinwohl vor. Dem Bergbauberechtigten steht zwar die Ausbeutung seines Vorkommens zu. Die Entscheidung über dessen wirtschaftliche Nutzung scheint ihm aber nicht eingeräumt zu sein. ²⁶⁾

Daraus läßt sich aber noch nicht ableiten, daß das Bergwerkseigentum zwar zur Gewinnung, nicht aber zum bloßen Innehaben der Rechtsposition berechtigt. Wenn das der Fall wäre, müßte jede nicht ausgeübte Berechtigung verfallen. Nach § 156 ABG kommt eine Entziehung des Bergwerkseigentums aber nur dann infrage, wenn vorher eine Betriebspflicht auferlegt worden war. Anders war die Rechtslage nach Art. 68, 214 Bayerisches

24) Bei Klostermann, 3. Aufl. S. 10 ff. zitierte Rede Mirabeau's (1749-1791).

25) Begründung zum Änderungsgesetz zum ABG vom 18. Juni 1907 ZfB 48, S. 189 (192)

26) Entwurf ZfB 46, S. 148 (149): Es gehört zum Inhalt des Bergwerkseigentums, daß der Bergwerkseigentümer verpflichtet ist, das Bergwerk zu betreiben und die verliehenen Mineralien zu benutzen;
Huber II S. 113 (§ 75 III 3 c cc)

Berggesetz n.F., wo die Betriebspflicht bereits in den gesetzlichen Vorschriften enthalten war und ihre Mißachtung zwangsläufig zum Entziehungsverfahren führte. Nach dem Bodenschätzegesetz wird die Betriebspflicht aber erst wieder durch eine Anordnung der Bergbehörde begründet. Grundsätzlich steht dem Bergwerkseigentümer also wie dem Grundeigentümer die Entscheidung über die wirtschaftliche Nutzung zu. Er unterliegt keinem generellen Betriebszwang. Das Bergwerkseigentum berechtigt in der Regel nicht nur zur Gewinnung, sondern auch zur bloßen Innehabung der Rechtsposition. Erst die Auferlegung einer Betriebspflicht verkürzt diese Rechte. Die Betriebsanordnung der Bergbehörde ist daher in jedem Fall ein Eingriff in die Eigentumssphäre.

4. Der Betriebszwang als Eigentumsbindung nach der Einzelaktstheorie des Bundesgerichtshofs

a) Nach der vom Großen Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entwickelten modifizierten Einzelaktstheorie kann der einfache Gesetzgeber die ständige Spannungslage zwischen dem das Gemeinwohl vertretenden Staat und den Eigentümern durch eine Bestimmung des Inhalts und der Schranken des verfassungsmäßig gewährleisteten Eigentumsrechts ausgleichen. Diese Anpassung an sich wandelnde Rechtsauffassungen und soziale Gegebenheiten darf aber den Wesensgehalt des Grundrechts nicht beeinträchtigen (Art. 19 Abs. 2 GG). Allerdings kann diese Belastung des Eigentums nur durch eine allgemeine, alle gleich treffende gesetzliche Regelung erfolgen. Der Eingriff darf nicht stärker sein, als es der sachliche Grund zwingend erfordert. ²⁷⁾

b) Bei der Beurteilung der Spannungslage zwischen Staat und einzelner und der zu ihrer Auflösung zwingend er-

27) BGHZ 6, S. 270 (276 ff.)

forderlichen Mittel ist von den jeweiligen geschichtlichen Verhältnissen auszugehen.²⁸⁾ Die Autarkiestrebungen des Vierjahresplans gehören nicht mehr zu den Zielen der Wirtschaftspolitik. Jedoch sind die Versorgung der Wirtschaft mit mineralischen Rohstoffen, die Erkundung der Lagerstätten, die Arbeitsplatzbeschaffung und die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur durch die Eröffnung von Bergwerksbetrieben²⁹⁾ aktuelle öffentliche Interessen. Ihre Kollision mit den Absichten der Bergbauberechtigten ist nicht von vornherein auszuschließen. Die Existenzberechtigung des Betriebszwangs ist aber nicht unbestritten. Das Institut stammt aus einer Zeit, in der es bei geringen technischen Möglichkeiten entscheidend auf die persönliche Mitwirkung des Bergbauberechtigten ankam. Im modernen Bergbau kommt es fast nur auf den Kapitaleinsatz an. Als Kreditunterlage bietet sich in erster Linie das Abbaurecht. Dessen Gefährdung durch den Betriebszwang könnte daher die Mineralgewinnung eher hemmen als fördern.³⁰⁾ Dem läßt sich jedoch entgegenhalten, daß sich durch den Wechsel vom persönlichen Arbeitseinsatz zum Kapitaleinsatz nichts geändert hat. Der Berechtigte kann sich auch vor dem Kapitaleinsatz scheuen und seine Gerechtsame als Spekulationsobjekt betrachten.³¹⁾ Der wirtschaftliche Wert einer Bergbauberechtigung liegt auch weniger in ihrer bloßen Innehabung als in ihrer Ausübung.³²⁾ Stillliegende Betriebe werden sich daher kaum als Kreditunterlage verwerten lassen. Ein öffentliches Interesse an dem Betrieb von Bergwerken, das notfalls zwangsweise durchgesetzt werden muß, ist also nach wie vor anzuerkennen.

28) BGHZ 6, S. 270 (279)

29) Zwar nicht in der amtlichen Begründung oder im Ausführungserlaß zum Bodenschätzegesetz, aber zu § 65 ABG, Art. 68 Bayerisches Berggesetz genannte Gründe.

30) Klostermann-Thielmann, § 65 ABG Anm. 2

31) Isay I § 65 ABG Anm. A

32) Westermann, Rechtsprinzipien des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes, ZfB 106, S. 122 (125, II 1 am Ende)

c) Andererseits sind staatliche Eingriffe zur Auflösung der Spannungslage zwischen Einzel- und übergeordneten Gemeininteressen auf das zwingend Erforderliche beschränkt.³³⁾ Auch Aufsuchungs- und Gewinnungsarbeiten dürfen deshalb bei verfassungskonformer Auslegung des Bodenschätzgesetzes nur dann angeordnet werden, wenn der angestrebte öffentliche Zweck nur dadurch und auf keine andere, den Bergbauberechtigten weniger belastende Weise erreicht werden kann. Man muß daher prüfen, ob bei allen obengenannten Gründen eine Betriebsanordnung überhaupt tauglich und in jedem Fall erforderlich ist. Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ist nur bei der Einstellung laufender Betriebe denkbar. Unverritzte Felder bergen keine besonderen Gefahren. Aber auch bei verritzten Feldern kann man sich das Entstehen von Gefahren eher durch laufende Aufsuchungs- und Gewinnungsarbeiten als durch deren Einstellung denken. Schon gar nicht ist einzusehen, wie ein laufender Betrieb weniger gefährlich für die öffentliche Sicherheit sein soll als ein stillliegender. Unterstellt man aber einmal eine Gefährdung durch eingestellte Betriebe, muß man schon an einen besonderen Ausnahmefall denken, wenn die Gefahr durch keine anderen Mittel als durch die Durchführung von Aufsuchungs- und Gewinnungsarbeiten abwendbar sein soll. In der Regel wird man mit leichteren Mitteln auskommen, die sich aus den Vorschriften über die Bergaufsicht ergeben. Im übrigen spricht die Vorlage und Prüfung eines Abschlußbetriebsplans gegen das überraschende Aufkommen von Gefahren durch stillliegende Betriebe, die nur durch eine Betriebsaufnahme abgewendet werden könnten. Die Notwendigkeit einer Betriebsaufnahme zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit ist daher nur schwer vorstellbar. Zur typischen Rechtfertigung einer Betriebsanordnung als Eigentumsbindung reicht dieser Gesichtspunkt nicht aus.

Die Erkundung der Lagerstätten, die Rohstoffversorgung, die Arbeitsplatzbeschaffung und die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur können jedoch nur durch laufende Betriebe erreicht werden.

33) BGHZ 6, S. 270 (276 ff.)

d) Der Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 22 GG) des Grundrechts darf nicht berührt werden. Bergbauberechtigungen sind typische Objekte wirtschaftlicher Betätigung. Dabei ist es unerheblich, ob sie aus dem Bergwerkseigentum, aus dem Grundeigentum oder aus dem echten Staatsvorbehalt abgeleitet werden. Sie könnten allenfalls noch als Spekulationsobjekte wirtschaftliche Bedeutung haben. Jedoch liegt ihr wirtschaftlicher Wert in erster Linie in der Ausübung der Gewinnungsrechte. Eine Betriebsanordnung hindert ihre normale Ausnutzung nicht, sondern soll sie gerade fördern.

Auch die Einschränkung der Dispositionsbefugnis des Bergbauberechtigten läßt sich mit der Wesensgehaltschranke vereinbaren. Schon aus Art. 14 Abs. 2 GG ergibt sich, daß die Willkür des Eigentümers nicht schrankenlos sein kann.

Allerdings wird dem Bergbauberechtigten mit der Betriebsanordnung zunächst jenes Risiko zugemutet, das mit jeder wirtschaftlichen Betätigung verbunden ist. Es steht ihm jedoch frei, durch die Veräußerung des Gewinnungsrechts einer persönlichen Belastung auszuweichen. Im Grunde wird also nicht mehr von ihm verlangt, als sich der wirtschaftlichen Ausnutzung seines Vorkommens nicht in den Weg zu stellen.

Jede wirtschaftliche Tätigkeit ist auf Gewinnerzielung gerichtet. Wenn die wirtschaftliche Nutzung der Bergbauberechtigung deren Wesensgehalt ausmacht, gehört auch die Möglichkeit der Gewinnerzielung dazu. Wo diese Möglichkeit von vornherein nicht besteht, wäre der Wesensgehalt des Grundrechts berührt, wenn die Gewinnung trotzdem verlangt würde. Ein Zwang zum unrentablen Betrieb darf also nicht ausgeübt werden.

Es ist auch nicht zu erkennen, warum in der Ausgestaltung des Bodenschätzgesetzes ein Eingriff in den Wesensgehalt des Grundrechts liegen soll.³⁴⁾ Richtig ist zwar, daß der Kreis der unter das Gesetz fallenden Mineralien unbeschränkt ist und jeder Bergbauberechtigte betroffen wird. Der Betriebszwang beeinträchtigt aber weder den Wesensgehalt konkreter Berechtigungen, noch macht er die einzelnen Arten der Bergbauberechtigungen als Rechtseinrichtungen inhaltslos. Ihre wirtschaftliche Nutzung durch die jeweils Berechtigten ist nach wie vor gesichert.

e) Eigentumsbindungen können nur allgemeine, alle gleich treffende gesetzliche Regelungen sein. Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz ist Kennzeichen dafür, daß eine hoheitliche Maßnahme als Eigentumsbindung nicht mehr gerechtfertigt werden kann.³⁵⁾

aa) Bergbauberechtigungen werden durch das Bodenschätzgesetz einer erheblich strengeren Behandlung unterworfen, als es beim Grundeigentum hinsichtlich der Oberflächennutzung oder bei anderen Gütern des Wirtschaftslebens üblich ist. Der Gleichheitssatz wäre verletzt, wenn Bergwerksunternehmen ohne hinreichenden sachlichen Grund stärkeren Bindungen unterworfen wären als andere Wirtschaftsunternehmen.

Unter diesem Gesichtspunkt scheiden die Arbeitsplatzbeschaffung und die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur als hinreichende Gründe für den Betriebszwang aus. Diese Probleme sind auch allen anderen Wirtschaftszweigen eigentümlich, ohne daß es zu dem Betriebszwang vergleichbaren gesetzlichen Regelungen gekommen ist.

34) Zimmer, Die Bergbauberechtigung, Glückauf 1955, S. 524 (526)

35) BGHZ 6, S. 270 (280)

Zur Rechtfertigung des Betriebszwangs bleibt also nur die Sicherung der Versorgung mit mineralischen Rohstoffen. Dieses Ziel kann wegen der Knappheit der Bodenschätze und ihrer großen Bedeutung als Rohstoffquelle und Energiebasis der Wirtschaft im Einzelfall einen Zwang zur Aufsuchung und Gewinnung im allgemeinen Interesse notwendig machen. Bei keinem anderen Wirtschaftszweig ist die Bedeutung des Produktionsergebnisses für die Gesamtwirtschaft so groß wie beim Bergbau. Auch ist da, wo in anderen Fällen der wirtschaftlichen Leistung vorübergehend überragende gesamtwirtschaftliche Bedeutung zuerkannt wurde, die wirtschaftliche Nutzung des Eigentums ebenfalls schon mittels einer Eigentumsbindung zur Pflicht gemacht worden.³⁶⁾ Es entspricht also der besonderen volkswirtschaftlichen Bedeutung des Bergbaus, wenn das Bergrecht einen Betriebszwang vorsieht.

Es läßt sich nicht leugnen, daß die Versorgung der Wirtschaft mit mineralischen Rohstoffen in der Regel auch ohne hoheitliche Einwirkung auf den Bergbau gesichert ist. Dazu kommt die Möglichkeit, Mineralien aus dem Ausland einzuführen. Dennoch ist es nicht unwahrscheinlich, daß die Nutzung der inländischen Lagerstätten auch einmal erzwungen werden muß. Wie die Praxis seit dem Erlaß des Allgemeinen Berggesetzes aber gezeigt hat, wird die Auferlegung einer Betriebspflicht nur selten geboten sein. Die psychologische Wirkung des Bestehens der Vorschrift ist vielleicht höher einzuschätzen als der Erfolg einer praktischen Anwendung.

Das Bodenschätzegesetz berücksichtigt diese Verhält-

36) BGH NJW 1953, S. 582 (Anbaupflicht bei landwirtschaftlichen Flächen)
BGHZ 6, S. 270 ff. (Wohnungszwangswirtschaft)
BVerwGE 7, S. 297 ff. (Wiederaufbaugesetz bei kriegszerstörten Wohnhäusern)

nisse gebührend. Es wird kein- meistens gar nicht erforderlicher - genereller Betriebszwang begründet. Der Bergbehörde wird lediglich die Möglichkeit gegeben, eine Betriebspflicht aufzuerlegen, wenn es wirklich einmal nötig sein sollte. Ein allgemeiner Betriebszwang würde wahrscheinlich eine unverhältnismäßige, nicht erforderliche Belastung der Bergbauberechtigten darstellen. Eine dem Art. 68 Bayerisches Berggesetz entsprechende Regelung wäre daher kaum noch als Eigentumsbindung zu rechtfertigen.

Die Auferlegung einer Betriebspflicht läßt sich also nur mit volkswirtschaftlichen Gründen und nur dann rechtfertigen, wenn im Einzelfall die gesamtwirtschaftliche Versorgung mit einem mineralischen Rohstoff gefährdet ist. Diese Beschränkung kommt aber im Tatbestand des Bodenschätzgesetzes nicht zum Ausdruck. Allerdings steht einer engen Auslegung des Gesetzes im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes auch nichts entgegen. Die hier daher mögliche und gebotene verfassungskonforme ³⁷⁾ Auslegung führt also zu dem Ergebnis, daß nur eine aus volkswirtschaftlichen Gründen auferlegte Betriebspflicht als Eigentumsbindung gerechtfertigt werden kann.

bb) Statt einer allgemeinen, alle gleich treffenden Regelung kann aber ein zu einem Sonderopfer führender Einzelakt vorliegen, wenn die Behörde bei ihrem Eingriff nicht fest an einen genau bestimmten gesetzlichen Tatbestand gebunden ist. Dann steht es in ihrem Ermessen, von mehreren möglichen Adressaten nur den einen oder anderen auszuwählen und in seiner Herrschaftsbefugnis einzuschränken. Der Gleichheitssatz ist dann nicht mehr gewahrt. ³⁸⁾

37) von Mangoldt-Klein I, Einleitung IV 8 und Art. 19, Anm. V 7 d

38) BGHZ 6, S. 270 (284 f.)

Das Bodenschätzegesetz gab der Bergbehörde ursprünglich einen Ermessensspielraum (siehe oben III 4 c). Bei Ermächtigungen des autoritären Verwaltungsstaates spricht die Vermutung zwar für eine Wandlung vom Ermessensspielraum zur strikten rechtlichen Bindung. 39) Die allein noch zur Auferlegung einer Betriebspflicht hinreichende Gefährdung der Versorgung mit mineralischen Rohstoffen ist nach heutiger Auffassung auch eher als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen. 40)

Dennoch ist der Bergbehörde ein gewisser Ermessensspielraum verblieben. Es ist zwar keine Ermessensfrage mehr, ob eine Betriebspflicht auferlegt werden soll. Wenn mehrere Adressaten für eine Betriebsanordnung infrage kommen, aber nicht alle Bergwerke zur Sicherung der Versorgung betrieben werden müssen, steht der Behörde jedoch zwangsläufig ein Auswahlermessen zu. Sind die infrage kommenden Bergbauberechtigten zur Auferlegung einer Betriebspflicht gleichmäßig prädestiniert, muß entweder gegen das Prinzip der Gleichbehandlung oder das der geringstmöglichen Belastung verstoßen werden.

Dieser Schwierigkeit hilft die Erweiterung der Einzelaktstheorie um die Figur der variablen Rechtsposition ab. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung anerkannt, daß es Verhältnisse gibt, bei denen für alle Beteiligten die gleiche konkrete Pflicht entstehen kann, aber nicht entstehen muß. Es handelt sich dabei um Rechtsstellungen, die von vornherein mit einer latenten Pflichtigkeit belastet sind, die sich möglicherweise zu einer Pflicht verdichtet. Sie reichen nicht soweit, wie es der Anschein vermuten läßt. Die Konkretisierung der Pflicht nur bei einem Teil der möglichen Betroffenen verkürzt nicht deren Rechte. Der Gleichheitssatz ist

39) Huber II, S. 655 (§ 106 I 1 lit. f)

40) Wolff S. 147 (§ 31/I lit. c)

nur dann verletzt, wenn die Auswahl willkürlich ohne genügende Beachtung sachlicher Gesichtspunkte vorgenommen wird. ⁴¹⁾ Es ist demnach zu prüfen, ob es sich bei den Bergbauberechtigungen um variable Rechtspositionen im Sinne dieser Rechtsprechung handelt.

Die Überlieferung des Betriebszwangs im deutschen Bergrecht und die Aufnahme von Betriebszwangsvorschriften in die modernen Landesbergrechte zeigen, daß dem Bergwerkseigentum zwar nicht schon eine Pflicht zum Betrieb, ⁴²⁾ aber immerhin die Möglichkeit ihrer Begründung immanent ist. ⁴³⁾ Solange sich die Bergbehörde bei der Auswahl der Anordnungsadressaten an sachliche Gesichtspunkte hält und nicht willkürlich verfährt, bleibt der Gleichheitsgrundsatz gewahrt. Trotz Auswahlermessens läßt sich die Maßnahme daher als Eigentumsbindung rechtfertigen.

Der Betriebszwang beim Grundeigentümerbergbau hat dagegen keine annähernd vergleichbare geschichtliche Grundlage. Es spricht auch gegen eine besondere volkswirtschaftliche Bedeutung der Grundeigentümermineralien, daß sie nicht in den Katalog der bergfreien Mineralien aufgenommen worden sind. Mit dem Fortschritt der Technik haben sie aber teilweise erhebliche wirtschaftliche Bedeutung gewonnen, ohne daß sie immer zu bergfreien Mineralien erklärt wurden (Erdöl). Ein gesamtwirtschaftliches Interesse an ihrer Gewinnung ist also nicht auszuschließen. ⁴⁴⁾ Soweit sie in ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung den bergfreien Mineralien gleichkommen, liegt auch eine gleichmäßige Behandlung hinsichtlich des Betriebszwangs nahe.

41) BGHZ 23 S. 31 (33 f.)

42) So Entwurf ZfB 46 S. 148 (149);
OLG Saarbrücken ZfB 102, 481 f.

43) Huber II S. 113 (§ 75 II 3 c cc) u. S. 119
(§ 75 III 1 b bb); Miesbach-Engelhardt Anh. A I 5 a
Anm. 1 zu § 1; Ebel-Weller, Anh. III 16 Anm. 1 zu § 1

44) Zimmer, Die Bergbauberechtigung, Glückauf 1955,
S. 524 (526)

Die Einschränkung der Eigentümerwillkür bei den bergfreien Mineralien beruht auf ihrer großen volkswirtschaftlichen Bedeutung. Nicht nur der Betriebszwang, sondern auch die Einführung der Bergfreiheit und des Staatsvorbehalts im modernen Bergrecht lassen sich darauf zurückführen. Grundeigentümermineralien können ebenfalls große wirtschaftliche Bedeutung haben. Die im Betriebszwang für die bergfreien Mineralien zum Ausdruck gekommene Pflichtigkeit muß daher auch bei ihnen vorhanden sein. Nichts spricht dagegen, die Grundeigentümermineralien insofern den bergfreien Mineralien gleichzustellen. Auf dem Grundeigentum beruhende Gewinnungsrechte enthalten also ebenfalls eine potentielle Pflicht zur Aufsuchung und Gewinnung.

Soweit man den Berechtigungen zur Aufsuchung und Gewinnung von Mineralien unter echtem Staatsvorbehalt Eigentumscharakter zugesteht, stellt sich ebenfalls die Frage, ob eine variable Rechtsposition vorliegt. Das ist zu bejahen, weil in Erlaubnissen und Konzessionen keine stärkere Rechtsstellung eingeräumt werden kann, als sie das Bodenschätzegesetz vorsieht.

Auch aus dem Bergwerkseigentum oder dem Grundeigentum abgeleitete Gewinnungsrechte (Bergwerkspacht; Gewinnungsrechte nach §§ 38 c ABG, 39 c Badisches Berggesetz; schuldrechtliche Ausbeutungsverträge) können keine stärkeren Rechtsstellungen vermitteln, als sie der Bergwerkseigentümer oder der Grundeigentümer innehat.

Man kommt also für alle Arten von Bergbauberechtigungen zu folgendem Ergebnis:

Nach der Einzelaktstheorie des Bundesgerichtshofs ist eine aus volkswirtschaftlichen Gründen auferlegte Betriebspflicht als Eigentumsbindung gerechtfertigt. Dabei darf aber kein Zwang zu einem unwirtschaftlichen Betrieb ausgeübt werden.

5. Die Rechtfertigung des Betriebszwangs als Eigentumsbindung nach anderen Abgrenzungstheorien

a) Im Gegensatz zum Bundesgerichtshof sieht das Bundesverwaltungsgericht das Merkmal der Eigentumsbindung nicht in der Wahrung des Gleichheitssatzes, sondern in dem materiellen Moment der Schwere und Tragweite des Eingriffs. ⁴⁵⁾ In Anwendung der Schweretheorie ist eine Vorschrift des hessischen Wiederaufbaugesetzes als zulässige Eigentumsbindung angesehen worden, nach der Eigentümer kriegszerstörter Wohnhäuser zum Wiederaufbau angehalten werden konnten. Diese "Baupflicht" wird als altes deutsches Rechtsinstitut bezeichnet, das in der Regel zu einem Vermögenszuwachs und einer Einnahmeerhöhung bei dem Betroffenen führe. Es sei eine Kollision der Dispositionsfreiheit des Eigentümers mit gleich- und übergeordneten Werten gegeben, denn der Wiederaufbau solle die Wohnungsnot lindern. Allerdings dürften keine unwirtschaftlichen Vorhaben erzwungen werden, eine solche Belastung sei unzumutbar und mit der Eigentumsgarantie nicht mehr vereinbar. ⁴⁶⁾

Die Betriebspflicht des Bergrechts unterscheidet sich nicht so wesentlich von der "Baupflicht", daß sie nicht ebenfalls als Eigentumsbindung angesehen werden könnte. Die Einschränkung der Dispositionsbefugnis des Bergbauberechtigten beruht auf der Gegensätzlichkeit der Eigentümerinteressen zu übergeordneten Werten. Die mit dem Betriebszwang angestrebte Sicherung der Rohstoffversorgung ist ein Anliegen des Gemeinwohls. Die Ausbeutung eines Vorkommens ist in der Regel mit Gewinn und Vermögenszuwachs für den Berechtigten verbunden. Auch nach der Schweretheorie ist der Betriebszwang daher als Eigentumsbindung gerechtfertigt, wenn kein Zwang zu einem unwirtschaftlichen Betrieb ausgeübt wird.

45) BVerwGE 5, 143 (145); 7, 297 (299); 11,68 (75)

46) BVerwGE 7, 297 (299 f.)

b) Nach der Schutzwürdigkeitstheorie ⁴⁷⁾ ermöglichen Geschichte, allgemeine Anschauungen, Sprachgebrauch und Andeutungen in den Gesetzen eine Abgrenzung des als Eigentum Schutzwürdigen vom nicht Schutzwürdigen. Eingriffe in schutzwürdige Rechtsstellungen lassen sich nicht mehr als Eigentumsbindungen rechtfertigen.

Hier fällt die Überlieferung der Freifahrung ins Gewicht. Auch bei Grundeigentümermineralien ist der Betriebszwang durch das Bodenschätzegesetz nicht erstmals eingeführt worden. ⁴⁸⁾ Wirtschaftlich ungenutzte Bergbauberechtigungen sind daher nicht als schutzwürdig anzusehen.

c) Auch nach der Zumutbarkeitstheorie ⁴⁹⁾ ergeben sich keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Betriebszwangs als Eigentumsbindung. Solange kein Zwang zum unwirtschaftlichen Betrieb erfolgt, wird dem Bergbauberechtigten nicht mehr zugemutet, als seinen wirtschaftlichen Vorteil wahrzunehmen.

d) Aus der Substanzminderungstheorie ⁵⁰⁾ ergibt sich ebenfalls nichts anderes. Der Betriebszwang läßt den wesentlichen wirtschaftlichen Inhalt der Bergbauberechtigung unberührt.

e) Nach der Privatnützigkeitstheorie ⁵¹⁾ liegt so lange eine Eigentumsbindung vor, wie das Prinzip der Privatnützigkeit gewahrt bleibt. Die Ausbeutung eines Mineral-

46) Jellinek S. 413

47) § 77 II. Theil Tit. 16 ALR

48) Stödter, Die öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 193 ff, sowie: Über den Enteignungsbegriff, in: die öffentliche Verwaltung 1953 S. 97 u. 136 (100)

49) Schelcher, Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 18 (n.F.) 1930, S. 321 (350)

50) Reinhardt S. 14 ff.

vorkommens ist aber gerade seine typische, im Privatinteresse liegende Nutzung.

f) Das Merkmal der funktionsgerechten Verwendung⁵²⁾ oder der Zweckfixierung⁵³⁾ spricht ebenfalls für die Zulässigkeit des Betriebszwangs als Eigentumsbindung. Die Gewinnung der Bodenschätze ist ihre typische Verwendung. Daneben gibt es keine anderen Verwendungsarten annähernd gleicher Bedeutung. Eine Betriebsanordnung fördert gerade die funktionsgerechte Nutzung. Sie schließt auch nicht andere gleich zu achtende Nutzungsmöglichkeiten aus.

6. Der Betriebszwang als Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit

Wenn man öffentlich-rechtliche Konzessionen zur Aufsuchung und Gewinnung von Mineralien unter echtem Staatsvorbehalt nicht als Eigentum im Sinn des Art. 14 ansieht, werden die Berechtigten durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, falls man dieser Vorschrift Grundrechtsqualität beilegt (siehe oben 1 lit. c).

Die allgemeine Handlungsfreiheit kann durch jedes verfassungsmäßige formelle oder materielle Gesetz eingeschränkt werden.⁵⁴⁾ Beschränkungen dürfen auch ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen nicht widersprechen. Die Maßstäbe der Notwendigkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Eignung spielen schon bei der Vereinbarkeit des Betriebszwangs beim Bergwerkseigentum mit Art. 14 GG eine Rolle. Es ergeben sich bei den öffentlich-rechtlichen Konzessionen keine so erheblichen Unterschiede zu

52) Huber II S. 24 f. (§ 69 II 2 lit. c); Forsthoff S.302; Werner Weber in: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte II S. 331 (374)

53) Huber a.a.O.,

55) BVerfGE 6 S. 32 (36)

den anderen Bergbauberechtigungen, daß hier eine Verletzung ungeschriebener Verfassungsgrundsätze naheliegen würde. Der Betriebszwang bei öffentlich-rechtlichen Bergbauberechtigungen ist daher auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der allgemeinen Handlungsfreiheit verfassungsrechtlich unbedenklich.

V. Die Durchsetzung des Betriebszwangs

1. Gesetzliche Vorschriften

a) Das Bodenschätzgesetz sieht bei einer Mißachtung der Betriebsanordnung durch den Bergbauberechtigten vor: ¹⁾

§ 3 "(1) Wird der Betrieb nicht binnen der von der Bergbehörde zu bestimmenden Frist in dem von ihr angeordneten Umfang aufgenommen oder fortgesetzt, so gilt mit Ablauf der Frist folgendes:

a) Ist in den maßgebenden berggesetzlichen Vorschriften ein Verfahren wegen Entziehung (Aufhebung) der Bergbauberechtigung vorgesehen, so wird dieses Verfahren eingeleitet.

b) Ausbeutungserlaubnisse auf Grund eines Staatsvorbehalts erlöschen in ihrem ganzen Geltungsbereiche; dasselbe gilt für Verträge über die Aufsuchung und Gewinnung eines Vorkommens, das dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers unterliegt.

c) Sonstige Bergbauberechtigungen ruhen, solange sie dem bisher Berechtigten zustehen, wenn nicht die Bergbehörde anders bestimmt.

(2) Darüber, ob die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt und die dort geregelten Rechtswirkungen eingetreten sind, entscheidet die Bergbehörde unter Ausschluß des Rechtsweges.

(3) Ist hiernach eine Berechtigung erloschen, die im Grundbuch eingetragen ist, so kann die zur Löschung erforderliche Bewilligung des Berechtigten durch eine amtliche Bescheinigung der Bergbehörde über das Erlöschen der Berechtigung ersetzt werden. Auch kann die Bergbehörde das Grundbuchamt um Löschung der Berechtigung ersuchen.

§ 4 In den Fällen des § 3 Abs. 1 darf die Bergbehörde mit sofortiger Wirkung alle Anordnungen treffen und nötigenfalls auf Kosten des bisher Bergbauberechtigten durchführen, die aus polizeilichen Gründen oder zur ordnungsgemäßen Ausnutzung der Bergbauberechtigung notwendig sind."

1) RGBL. 1936 I S. 999 = ZfB 77 S. 310 f.

b) Das Preußische ABG bestimmt im 6. Titel "Von der Aufhebung des Bergwerkseigentums":²⁾

- § 156: "Wird amtlich festgestellt, daß ein Bergwerkseigentümer die nach Vorschrift des § 65 an ihn erlassene Aufforderung zur Inbetriebsetzung des Bergwerks oder zur Fortsetzung des unterbrochenen Betriebes nicht befolgt hat, so kann das Oberbergamt die Einleitung des Verfahrens wegen Entziehung des Bergwerkseigentums durch Beschluß aussprechen.
- § 157: Der Bergwerkseigentümer ist befugt, binnen vier Wochen vom Ablaufe des Tages, an welchem ihm der Beschluß bzw. der Rekursbescheid (§ 191) zugestellt ist, bei dem Gerichte, in dessen Bezirk das Bergwerk liegt, gegen das Oberbergamt auf Aufhebung des Beschlusses zu klagen. Geschieht dies nicht, so ist das Einspruchsrecht erloschen.
- § 158: Erhebt der Bergwerkseigentümer keinen Einspruch oder ist derselbe rechtskräftig verworfen, so wird der Beschluß von dem Oberbergamt den aus dem Hypothekenbuche oder den Rheinischen Hypothekenregistern ersichtlichen Gläubigern und anderen Realberechtigten zugestellt und außerdem durch das Amtsblatt der Regierung, in deren Bezirk das Bergwerk liegt, unter Verweisung auf diesen und den folgenden Paragraphen zur öffentlichen Kenntnis gebracht.
- § 159: Jeder Hypothekengläubiger oder sonstige Realberechtigte sowie jeder privilegierte Gläubiger des Rheinischen Rechts ist befugt, binnen drei Monaten vom Ablaufe des Tages, an welchem der Beschluß zugestellt ist, beziehungsweise an welchem das die Bekanntmachung enthaltende Amtsblatt ausgegeben worden ist, behufs seiner Befriedigung die notwendige Subhastation des Bergwerks bei dem zuständigen Richter auf seine Kosten zu beantragen, vorbehaltlich der Erstattung derselben aus den Kaufgeldern.

Wer von diesem Recht binnen der angegebenen Frist keinen Gebrauch macht, hat bei der demnächstigen Aufhebung des Bergwerkseigentums das Erlöschen seines Realanspruchs (§ 160) zu erleiden.

Auch der seitherige Eigentümer des Bergwerks kann innerhalb jener Präklusivfrist von drei Monaten die Subhastation auf seine Kosten beantragen.

2) Heller-Lehmann II NW 250 S. 42 ff.

Wird die Subhastation nicht beantragt oder führt dieselbe nicht zu dem Verkaufe des Bergwerks, so spricht das Oberbergamt durch einen Beschluß die Aufhebung des Bergwerkseigentums aus.

Mit dieser Aufhebung erlöschen alle Ansprüche auf das Bergwerk, von welcher Art sie auch sein mögen."

Die Anwendung dieser Vorschriften auch auf bei Erlaß des ABG schon bestehende alte Berechtigungen ist in § 227 ABG nicht ausgeschlossen worden. Das ABG sieht also die Entziehung von Bergwerkseigentum sowie alter Berechtigungen vor.

c) Die in Hessen geltende Fassung des ABG ³⁾ bringt die §§ 156 - 160 ABG mit sachlich gleichem Inhalt, aber verändertem Wortlaut.

d) In Nordrhein-Westfalen ist § 157 als gegenstandslos weggefallen. ⁴⁾ § 156 und 158 - 160 sind sprachlich anders gefaßt worden.

e) Das Badische Berggesetz enthält eine dem ABG ähnliche Regelung. ⁵⁾ Es fehlt nur eine dem § 157 entsprechende Vorschrift.

f) Entsprechend dem anders gestalteten Betriebszwang des Art. 68 sind auch die Voraussetzungen der Einleitung des Entziehungsverfahrens im Bayerischen Bergrecht anders als im ABG. Art. 214 Abs. 1 lautet: ⁶⁾

3) Heller-Lehmann I HE 140 S. 34 ff.

4) BS NRW S. 178

5) Heller-Lehmann I BW 40 S. 31 ff.

6) Heller-Lehmann I BW 70 S. 46 ff.

"Wird ein verliehenes Bergwerk nicht in Betrieb genommen oder der Betrieb eingestellt, auf längere Zeit ausgesetzt oder unter dem durch das öffentliche wohl gebotenen Umfang gehalten, ohne daß die nach Art. 68 erforderliche Genehmigung vorliegt, so hat das Oberbergamt die Einleitung des Verfahrens wegen Entziehung des Bergwerkeigentums auszusprechen."

Im übrigen entspricht das weitere Verfahren etwa den Vorschriften der §§ 158 - 160 ABG. Eine dem § 157 ABG entsprechende Vorschrift fehlt. Entziehbar sind auch alte Berechtigungen, da Art. 285 die Anwendung der Art. 214 ff. nicht ausschließt. ⁷⁾

g) Die in §§ 159 - 163 des Braunschweigischen Berggesetzes enthaltenen Vorschriften entsprechen sachlich der Regelung des preußischen ABG. ⁸⁾ § 157 ABG wird im entsprechenden § 160 Braunschweigisches Berggesetz nur durch die Vorschrift des § 160 Abs. 2 ergänzt:

"Das Gericht hat jedoch nur über rechtliche Einwendungen gegen den Beschluß der Bergbehörde, nicht aber darüber zu entscheiden, ob durch den Beschluß das öffentliche Interesse verletzt sei."

h) Die Regelung des Hessischen Berggesetzes (Art. 146 - 149) folgt dem ABG. ⁹⁾

i) Auch im Oldenburgischen Bergrecht, das keine Betriebszwangsvorschriften kennt, ist die Entziehung des Bergwerkeigentums möglich. Das Verfahren nach den §§ 23 - 26 ¹⁰⁾ entspricht dem ABG. Nur ist in § 23 Abs. 2 bestimmt:

7) Miesbach-Engelhardt Art. 214/§ 156 Anm. 1a, 1b

8) Heller-Lehmann I NS 207 S. 37 ff.

9) Heller-Lehmann II RP 332, S. 29 ff.

10) Heller-Lehmann I NS 219 S. 5 f.

"Der Bergwerkseigentümer ist befugt, innerhalb eines Monats nach der Zustellung der auf die Eröffnung des Verfahrens gerichteten Verfügung beim Oberverwaltungsgericht die Klage auf Aufhebung der Verfügung zu stellen. Ein anderes Rechtsmittel findet gegen die Verfügung nicht statt."

j) Wie im Oldenburgischen Bergrecht ist die Regelung im Schaumburg-Lippischen Bergrecht, jedoch ist in § 23 Abs. 2 anstelle des Verwaltungsrechtswegs der ordentliche Rechtsweg eröffnet. ¹¹⁾

k) Auch das württembergische Berggesetz lehnt sich in den Art. 143 - 147 ¹²⁾ an die preußische Regelung an.

l) Das Berggesetz von Sachsen-Weimar-Eisenach ¹³⁾ sah in § 61 zwar einen generellen Betriebszwang vor (vergl. oben II 1 f aa). Dennoch kann vor der Entziehung des Bergwerkseigentums eine Betriebsaufforderung an den Bergwerkseigentümer gerichtet werden (§ 224). Der Entziehungsbeschuß wirkt wie ein Verzicht. Der Bergwerkseigentümer kann aber auch die Zwangsversteigerung beantragen.

m) Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 Bodenschätzegesetz treten nachteilige Folgen für den Bergbauberechtigten nur dann ein, wenn der Betrieb nicht aufgenommen oder nicht fortgesetzt wird. Die ungenehmigte Einstellung oder Aussetzung eines angeordneten Betriebs (§ 2) scheint nicht berücksichtigt worden zu sein. Man könnte daran denken, daß in diesen Fällen eine neue Betriebsanordnung zu erlassen ist, bevor § 3 Abs. 1

11) Heller-Lehmann I NS 220 S. 5 f.

12) Heller-Lehmann I BW 47 S. 31 f.

13) ZfB 46, 314 (367)

anzuwenden ist. Insbesondere könnte dies dann angebracht sein, wenn seit der ersten Betriebsanordnung längere Zeit vergangen ist. Da nach § 2 ein angeordneter Betrieb aber nicht ohne Genehmigung eingestellt werden darf, ist eine neuerliche Auferlegung der Betriebspflicht überflüssig. Auch ohne diese liegt ein Verstoß gegen den angeordneten Betriebszwang vor. § 2 bestimmt nichts anderes als das Fortwirken der Betriebsanordnung über die fristgemäße Betriebsaufnahme hinaus.

Es liegt kein Grund vor, die Mißachtung des § 2 anders zu behandeln als einen Verstoß gegen § 1 Abs. 1. Die öffentlichen Interessen an einer gesicherten Rohstoffversorgung werden durch die spätere Betriebseinstellung ebenso beeinträchtigt wie durch die Nichtaufnahme des Betriebs. Über den Wortlaut des § 3 Abs. 1 hinaus treten die nachteiligen Folgen also auch bei einer Aussetzung oder Einstellung des Betriebs (§ 2) ein.

2. Die Entziehung des Bergwerkseigentums

a) Im Bodenschätzegesetz wird zwar die Entziehung von Bergbauberechtigungen erwähnt (§ 3 Abs. 1 lit. a). Diese Vorschrift enthält aber keine Verfahrensbestimmungen. Es wird auch nicht gesagt, welche Bergbauberechtigungen entziehbar sind. Insofern sollen die landesrechtlichen Vorschriften gelten.

Alle in der Bundesrepublik geltenden Landesberggesetze enthalten Verfahrensvorschriften zur Entziehung des Bergwerkseigentums, die auch auf alte, bei Erlaß der Landesbergrechte bestehende Berechtigungen anwendbar sind (siehe oben 1 lit. b bis l). Andere Bergbauberechtigungen sind nach dem Landesrecht nicht entziehbar. Nach § 3 Abs. 1 lit. a Bodenschätzegesetz in Verbindung mit den landesrechtlichen Entziehungsvorschriften kann also nur Bergwerkseigentum (nebst alten Berechtigungen) als Folge einer Mißachtung des Betriebszwangs entzogen werden.

b) Der volkswirtschaftliche Zweck des Betriebszwangs wird durch die Entziehung des Bergwerkseigentums zwar noch nicht erreicht, aber gefördert. Die Aufhebung des Bergwerkseigentums macht zunächst eine Aneignung und Gewinnung der verleihbaren Mineralien rechtlich unmöglich. Erst wenn das Bergwerkseigentum einem anderen verliehen und danach das Vorkommen ausgebeutet wird, kann das Rohstoffangebot größer werden.

Dennoch ist die Entziehung des Bergwerkseigentums ein geeignetes und hinreichendes Mittel, die erwünschte Förderung in Gang zu bringen. Wenn die Ausbeutung eines Vorkommens Gewinn verspricht, wird sich mit großer Wahrscheinlichkeit ein anderer Unternehmer finden, der den Betrieb anstelle des säumigen ursprünglichen Bergwerkseigentümers aufnimmt.¹⁵⁾ Für die Richtigkeit dieser Annahme spricht die Tatsache, daß die Entziehung der Bergbauberechtigung als Freifahrung das Teilstück des Betriebszwangs mit der ältesten Überlieferung im deutschen Bergrecht ist.

c) Die landesrechtlichen Entziehungsvorschriften setzen ihrem Wortlaut nach eine Verletzung der landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften voraus.¹⁶⁾ Nur das schauburg-lippische und das oldenburgische Bergrecht (siehe oben 1 lit. i und j) machen eine Ausnahme. Die Einleitung des Entziehungsverfahrens ist in das Ermessen der Behörde gestellt. Lediglich Art. 214 Abs. 1 Bayerisches Berggesetz enthält eine Mußvorschrift (siehe oben 1 lit. f).

15) Erlaß ZfB 78, S. 17 (22 u. 24, Ziff. 8 A lit. b u.d)

16) Nach Art. 214 Abs. 2 Bayerisches Berggesetz kann das Bergwerkseigentum auch dann entzogen werden, wenn der Betrieb in anderer Weise das öffentliche Wohl gefährdet.

Die landesrechtlichen materiellen Betriebszwangsvorschriften sind vom Reichsrecht abgelöst worden. An ihre Stelle ist die Betriebspflicht nach §§ 1 und 2 Bodenschätzegesetz getreten. Deren Mißachtung führt jetzt zur Einleitung des Entziehungsverfahrens (§ 3 Abs. 1; siehe oben 1 lit. m).

Aus § 3 Abs. 1 lit. a Bodenschätzegesetz scheint sich eher eine rechtliche Bindung der Bergbehörde zur Entziehung als ein Ermessensspielraum zu ergeben. Nach dem Gesetzeswortlaut "wird" das Entziehungsverfahren eingeleitet. Nach heutiger Auffassung läßt diese Formulierung nicht auf einen Ermessensspielraum schließen.¹⁷⁾ Da in die Rechtsstellung der Bergbauberechtigten eingegriffen wird, spricht sogar eine Vermutung für die rechtliche Bindung der Bergbehörde.¹⁸⁾ Aktuelles Ziel bei Erlaß des Gesetzes war aber die Förderung des Vierjahresplans. Dieser Zweck erforderte eine große Beweglichkeit der Behörde. Es liegt daher nahe, daß ursprünglich ein Ermessensspielraum gegeben werden sollte.

Heute kann eine Betriebspflicht aber nur noch dann auferlegt werden, wenn die Versorgung der Wirtschaft mit mineralischen Rohstoffen gefährdet ist (siehe oben IV 4 e aa). Diese eingeschränkte Rechtsgrundlage enthält keinen Ermessensspielraum, sondern unbestimmte, ausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale. Die Entziehung des Bergwerkseigentums ist die Konsequenz der Betriebsanordnung. Auch bei der Entziehung kann es daher nur auf den volkswirtschaftlichen Gesichtspunkt ankommen, der keinen Ermessensspielraum gewährt. Im Gegensatz zur Betriebsanordnung besteht auch kein Auswahlermessen (siehe oben IV 4 e bb). Die Auswahl unter mehreren gleichermaßen infragekommenden Bergbauberechtigten wird

17) Wolff, S. 152 (§ 31 II lit. c)

18) Huber II, S. 654 (§ 106 I 1 lit. d); a.A. Wolff, S. 151 (§ 31 II lit. a): Der Rechtsstaat erfordert nicht die Einschränkung der Ermessensausübung, sondern nur die Kontrolle der Verwaltung auf richtigen Ermessensgebrauch.

schon bei der Auferlegung einer Betriebspflicht getroffen. Danach muß der Betriebszwang gegenüber allen betriebspflichtigen Bergbauberechtigten durchgesetzt werden, wenn das Allgemeinwohl gewahrt werden soll. Die Einleitung des Entziehungsverfahrens steht also auf keinen Fall mehr im Ermessen der Bergbehörde.

d) Fraglich ist jedoch, ob die Entziehung des Bergwerkseigentums auch bei staatsvorbehaltenen Mineralien (§ 2 ABG) möglich ist. Bei dem dinglichen Gewinnungsrecht der §§ 38c ABG, 39c Badisches Berggesetz war eine Anwendung der Betriebszwangsvorschriften nach Landesrecht nicht vorgesehen (§ 38c Abs. 2 bzw. 39c Abs. 2). Das Bergwerkseigentum des Staates sollte ihnen allerdings nach § 1a ABG unterliegen.¹⁹⁾

Durch die Entziehung der Bergbauberechtigung soll anderen Interessenten die Möglichkeit eröffnet werden, das Bergwerkseigentum zu erwerben und das verliehene Vorkommen abzubauen. Dieser Erfolg kann beim Bergwerkseigentum an staatsvorbehaltenen Mineralien (§ 2 ABG) aber nicht erreicht werden, weil es nur an den Staat verliehen werden kann (§ 38b Abs. 1 ABG). Aus der Existenz des besonderen Gewinnungsrechts der §§ 38c ABG, 39c Badisches Berggesetz kann man auch herleiten, daß das nur an den Staat verleihbare Bergwerkseigentum nicht an Dritte veräußert, sondern lediglich mit Gewinnungsrechten Dritter belastet werden sollte. Dennoch sind Veräußerungen vorgenommen worden.²⁰⁾ Soweit Bergwerkseigentum an staatsvorbehaltenen Mineralien in den Händen Dritter ist, kann bei deren Säumigkeit ein Wechsel in der Person des Berechtigten herbeigeführt werden. Dann kann durch die Entziehung des Bergwerks-

19) Miesbach-Engelhardt, Art. 68/§ 65 Anm. 2

20) Ebel-Weller § 38c Anm. 2

eigentums das volkswirtschaftliche Ziel des Betriebszwangs erreicht werden. Wenn aber der Staat Inhaber des Bergwerkseigentums ist, kann kein Wechsel in der Person des Berechtigten erfolgen. Durch eine Entziehung würde zwar das Bergwerkseigentum erlöschen. Durch eine Neuverleihung könnte das freigewordene Feld aber nicht an einen anderen Bergbauwilligen, sondern nur wieder an den Staat gelangen. Trotz der Durchführung eines Entziehungsverfahrens bliebe dessen eigentlicher Zweck - nämlich einem neuen Inhaber die Ausnutzung der Gerechtsame zu ermöglichen - unerreichbar. Die Aufhebung des Bergwerkseigentums an staatsvorbehaltenen Mineralien ist also dann abzulehnen, wenn der Staat aufgrund eines Staatsvorbehalts Inhaber der Berechtigung ist.

3. Die Rechtfertigung der Entziehung als Eigentumsbindung

a) Die entschädigungslose Aufhebung des Bergwerkseigentums wird deshalb für zulässig gehalten, weil der Betriebszwang als immanente Belastung den Charakter einer Eigentumsbindung habe ²¹⁾ und die Entziehung des Gewinnungsrechts lediglich die Folge seiner Mißachtung ²²⁾ sei. Gegen die Zulässigkeit der entschädigungslosen Entziehung spricht aber vor allem, daß die Rechtsposition des Bergwerkseigentümers vollständig beseitigt wird. Vollrechtsentziehungen sind keine Eigentumsbindungen mehr, sondern Akte mit Enteignungswirkung..²³⁾ Nur ausnahmsweise sind sie im Sicherheits-

21) Miesbach-Engelhardt Anh. A I 5a, § 3 Anm. 1;
Ebel-Weller Anh. III 16, § 3 Anm. 1

22) Huber II S. 131 (§ 75 III 3 c cc)

23) Schelcher, Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung, S. 321 (350); AÖR Bd. 18 (n.F. 1930)
Wolff S. 379 (§ 62 III b 2); BGHZ 6, S. 270 (278)

recht bei der Gefahrenabwehr ²⁴⁾ und im Strafrecht als Verbrechensfolge ²⁵⁾ entschädigungslos zulässig. Da man Schwierigkeiten in der Versorgung mit mineralischen Rohstoffen nicht als Störung der öffentlichen Sicherheit ansehen kann und das mißbilligte Verhalten des säumigen Bergwerkseigentümers auch nicht strafbar ist, kommen diese Ausnahmen nicht zum Zuge.

b) Eine entschädigungslose Entziehung wird auch nicht dadurch gerechtfertigt, daß sie aufgrund eines formellen Gesetzes erfolgt. ²⁶⁾ Entscheidend ist vielmehr die Vereinbarkeit der Vorschriften über die Entziehung des Bergwerkseigentums mit der Eigentumsgarantie. Allgemeine Voraussetzung dazu sind die Eignung und Erforderlichkeit der Entziehung zur Durchsetzung des Betriebszwangs, die Beachtung des Gebots der Verhältnismäßigkeit und des Verbots übermäßiger Belastung. ²⁷⁾

aa) Das Bergwerkseigentum gewährt zwar keine Sachherrschaft, sondern nur das Recht die verliehenen Mineralien zu gewinnen und dadurch Sacheigentum an ihnen zu begründen. ²⁸⁾ Um dem Inhaber des Gewinnungsrechts die ungestörte Ausbeutung zu sichern, erhält er durch die Verleihung eine ausschließliche Rechtsposition. ²⁹⁾

24) BVerfGE 20, S. 351 (361); BVerwGE 7 S. 257 (261,263)

25) BGH NJW 1951, S. 971

26) BVerfG NJW 1967 S. 1175

27) BVerfGE 20 S. 351 (361)

28) Willecke S. 51

29) Motive ZfB 6 S. 55 (72)

Auf die Verleihung von vorschriftsmäßig gemutetem Bergwerkseigentum hat nach dem Prinzip der Bergbaufreiheit jeder einen gesicherten Rechtsanspruch.³⁰⁾ Keinem Bergbaulustigen soll der Zugang zu einer Gerechtsamen unnötig erschwert werden, denn die Nutzung der Bodenschätze liegt im allgemeinen Interesse.³¹⁾ Das Bestreben, den Zugang zu den Bodenschätzen jedem Willigen und Fähigen offenzuhalten, wird durch die Verleihung einer ausschließlichen Rechtsposition ergänzt, die einen von Dritten ungestörten Abbau gewährleisten soll. Diese beiden Grundgedanken geraten aber in Widerspruch zueinander, wenn verliehenes Bergwerkseigentum ungenutzt bleibt, obwohl seine Ausbeutung möglich und volkswirtschaftlich erwünscht ist. Dann ist die Aufhebung des Bergwerkseigentums geeignet, den ursprünglichen Zustand der Bergbaufreiheit wiederherzustellen und das verliehene Mineral einem anderen, abbauwilligeren Unternehmer zugänglich zu machen. Auf diese Weise wird das Hindernis beseitigt, das durch das zuerst verliehene unausgenutzte Bergwerkseigentum für die volkswirtschaftlich erwünschte Gewinnung entstanden ist.

bb) Man könnte gegen die Zulässigkeit der Entziehung aber einwenden, daß der direkte Zwang zur Betriebsaufnahme durch Strafen oder einen Zwangsbetrieb den Bergwerkseigentümer weniger belasten würde als der mittelbare Zwang durch die drohende Aufhebung des Gewinnungsrechts. Während jedoch die Entziehung zu einer schweren, aber bestimmbaren Belastung führt, kann die Belastung durch einen direkt wirkenden Zwang nicht vorausgesehen werden. Dem Bergwerkseigentümer würde

30) Willecke S. 11

31) Motive ZfB 6 S. 55 (103)

auch bei einem Zwangsbetrieb das Geschäftsrisiko verbleiben, beispielsweise würde er für Bergschäden haften (§ 148 ABG). ³²⁾ Man kann also nicht allgemein sagen, daß der direkte Zwang immer zu geringeren Belastungen führen würde als der mittelbare Zwang. Sollte dies jedoch einmal der Fall sein, kann der Bergwerkseigentümer der drohenden Entziehung jederzeit durch die Betriebsaufnahme ausweichen. Die Aufhebung ist daher auch als das erforderliche Mittel zur Durchsetzung des Betriebszwangs anzusehen.

cc) Nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit sind die Individualinteressen des Bergwerkseigentümers mit den Allgemeininteressen an den Bodenschätzen zu vergleichen. Da eine unterlassene Gewinnung zu schweren gesamtwirtschaftlichen Störungen führen kann, verletzt die Beeinträchtigung der Einzelposition nicht das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Eine ausreichende Rohstoffversorgung ist ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, das den Individualinteressen vorgeht.

dd) Das Übermaßverbot wird ebenfalls beachtet. Der wirtschaftliche Wert des Gewinnungsrechts liegt in seiner Ausübung, nicht im bloßen Innehaben. ³³⁾

Die Ausnutzung dieses Werts unterläßt aber der säumige Bergwerkseigentümer. Ihm wird eine Berechtigung entzogen, die er ohnehin nicht in der objektiv besten Weise zu nutzen bereit ist. Fälle, in denen die Aufhebung eine übermäßige Härte bedeuten würde, sind daher kaum vorstellbar.

32) Boldt, § 148 Anm. 2 b

33) Westermann, Rechtsprinzipien des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes, ZfB 106 S. 125 (125 II 1 a.E.)

c) Die Aufhebung des Bergwerkseigentums beseitigt das ausschließliche Aneignungs- und Gewinnungsrecht des Bergwerkseigentümers und stellt den ursprünglichen Zustand der Bergbaufreiheit wieder her. Jeder, auch der bisherige Berechtigte kann das nun wieder bergfrei gewordene Mineral muten. Dieses Recht wird durch den Verleihungsanspruch (§ 22 ABG) gesichert.

Die Landesberggesetze sehen aber nach alter Rechts-tradition keine Entschädigung des Bergwerkseigentümers für die Entziehung seines Gewinnungsrechts vor. Ob dies mit der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes zu vereinbaren ist, muß anhand der verschiedenen Methoden zur Bestimmung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) geprüft werden.

aa) Nach der Einzelaktstheorie des Bundesgerichts-hofs ist die vollständige Entziehung von Rechtsposi-tionen keine Eigentumsbindung mehr, weil damit die Wesensgehaltsschranke des Art. 19 Abs. 2 überschritten würde. ³⁴⁾

Es wird aber anerkannt, daß auch Vollrechtsentziehungen nicht immer den Wesensgehalt beeinträchtigen, bei-spielsweise bei der Entziehung von Gegenständen, deren wirtschaftlicher Wert sich schon verflüchtigt hat. ³⁵⁾

Diese Maßstäbe weisen die Entziehung des Bergwerks-eigentums als eine Maßnahme mit Enteignungswirkung aus. Die wirtschaftliche Bedeutung des Bergwerkseigentums liegt zwar in der Gewinnung. Das Recht an der unver-ritzten Lagerstätte ist deshalb aber noch nicht wert-

34) BGHZ 6, 270 (278 f.); BGHZ 43 S. 196 (208 f.)

35) BGHZ 43 S. 196 (208 f.)

los. Dem Bergwerkseigentümer wird auch die gesamte Rechtsposition entzogen. Die Aufhebung schließt ihn zwar nicht von einer neuen Mutung des nun wieder bergfreien Minerals aus. Dieser öffentlich-rechtliche Verleihungsanspruch repräsentiert aber keinen besonderen wirtschaftlichen Wert mehr.

bb) Auch nach der Abgrenzungsmethode des Bundesverwaltungsgerichts können Entziehungen ohne Enteignungswirkung sein. Das ist dann der Fall, wenn die entschädigungslose Einziehung auch im objektiven Interesse des Eigentümers liegt, wie bei der Tötung seuchenverdächtiger Tiere.³⁶⁾

Die Aufhebung des Bergwerkseigentums erfolgt jedoch allein im gesamtwirtschaftlichen Interesse an einer ausreichenden Rohstoffversorgung. Das betrifft natürlich auch den säumigen Bergwerkseigentümer, aber doch nur als Glied der Gemeinschaft. Irgendwelche Individualinteressen werden durch die Aufhebung nicht gefördert. Nach der Schweretheorie des Bundesverwaltungsgerichts stellt sich die Entziehung des Bergwerkseigentümers daher als ein entschädigungslos nicht mehr zumutbarer Eingriff in die Eigentumssphäre des Bergwerkseigentümers dar.

36)) BVerwGE 7 S. 257 (262)

cc) Das anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts gewonnene Ergebnis nimmt keine Rücksicht auf den Umstand, daß Bergwerkseigentum ohne Gegenleistung an jeden verliehen wird, der eine ordnungsgemäße Mutung einlegt und einen Fundpunkt nachweist. Der Muter erhält dadurch einen wirtschaftlichen Wert allein durch staatliche Gewährung, nicht als Äquivalent eigener Leistung. Gerade dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein allgemeines Merkmal für den Eigentumsschutz öffentlich-rechtlich begründeter Positionen.³⁷⁾ Es fehlt bei der Aufhebung von Bergwerkseigentum auch die für eine Enteignung kennzeichnende Übertragung von Vermögenswerten auf einen Begünstigten,³⁸⁾ weil das Gewinnungsrecht nicht übertragen, sondern ersatzlos aufgehoben wird.

Mit dem von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungen gelangt man hier also nicht zu einem befriedigenden Ergebnis. Sie berücksichtigen nicht, daß auch privatrechtlich ausgestaltete Positionen nur auf staatlicher Gewährung beruhen können und ihr Erwerb dem Inhaber kein Leistungsäquivalent abgefordert hat.

Allein die - von der Rechtsprechung nicht ausdrücklich übernommene Schutzwürdigkeitstheorie

37) BVerfGE 1, S. 264 (278); 14 S. 288 (294);
18 S. 392 (397)

38) BVerfGE 20, S. 351 (359)

Jellineks ³⁹⁾ rechtfertigt die entschädigungslose Aufhebung des Bergwerkseigentums als Eigentumsbindung. Nach dieser Abgrenzungsmethode kommt es bei der Ermittlung der Sozialpflichtigkeit vor allem auf die geschichtliche Entwicklung, allgemeine Anschauungen und den Sprachgebrauch an.

Die entschädigungslose Aufhebung von ungenutzten Bergbauberechtigungen ist als Freifahrung des alten deutschen Bergrechts von großer Tradition. Es widerspricht auch einer am Äquivalenzprinzip ausgerichteten wirtschaftlichen Betrachtung, bei Entzug einer Rechtsposition mit einer Entschädigung auszugleichen, was durch staatlichen Hoheitsakt ohne Gegenleistung erworben wurde. Nach dem Wortlaut und dem Zweck der gesetzlichen Vorschriften über das Bergwerkseigentum erfolgt die Verleihung auch nur zur Gewinnung, nicht aber um ein Spekulationsobjekt zu schaffen. ⁴⁰⁾

d) Das mit der Schutzwürdigkeitstheorie gewonnene Ergebnis steht im Widerspruch zu den Abgrenzungen mittels der Sonderopfer- und Schweretheorie. Dennoch hat die entschädigungslose Aufhebung von Bergwerkseigentum zur Sicherung einer ungehinderten Gewinnung keine Enteignungswirkung. Das Bergwerkseigentum

39) Jellinek S. 413

40) Isay I § 65 ABG Anm. A; Entwurf ZfB 46 S. 148
(149)

steht zwar unter dem Schutz der Eigentumsgarantie. ⁴¹⁾
Es hat aber gegenüber dem bürgerlich-rechtlichen
Sacheigentum Besonderheiten, die weder mit der Schwere-
noch mit der Sonderopfertheorie erfaßt werden können.

Als eine durch das ABG geschaffene Einrichtung, mit
der das bis dahin herrschende Bergregal abgelöst
wurde, ⁴²⁾ hat das Bergwerkseigentum nicht den ele-
mentaren Charakter des Sacheigentums, ⁴³⁾ das ein
dem Gesetzgeber vorgegebenes Recht ist und deshalb
nicht in seinem Wesensgehalt beeinträchtigt werden
darf (Art. 19 Abs. 2 GG). Der vergleichsweise ge-
ringere Wesensgehaltsschutz für ein selbständiges
bergmännisches Gewinnungsrecht wird insbesondere darin
offenbar, daß gerade die wichtigsten Mineralien durch
die Staatsvorbehalte unanfechtbar ⁴⁴⁾ einer Nutzung
auf rein privatrechtlicher Grundlage vorenthalten
werden. Die Beschränkung der Schutzwürdigkeit des
Bergwerkseigentums auf ausgeübte Berechtigungen ist
daher auch mit dem Wesensgehaltsschutz für das Grund-
recht des Eigentums vereinbar. Unbenutztes Bergwerks-
eigentum ist dagegen nicht schutzwürdig, weil es die
mit der unentgeltlichen Verleihung der Felder ver-
folgten Zwecke verfehlt.

Mit der Schutzwürdigkeitstheorie ist also festzustellen,
daß die entschädigungslose Entziehung von Bergwerks-
eigentum zur Durchsetzung des Betriebszwangs bei be-
sonders wichtigen Vorkommen keine Enteignungswirkung
hat.

41) v. Mangoldt-Klein I Art. 14 Anm. III 1 b

42) Müller-Erzbach S. 107

43) BVerfGE 14 S. 263 (277)

44) BGHZ 19 S. 209 f.

4. Das Erlöschen abgeleiteter Bergbauberechtigungen

a) § 3 Abs. 1 lit. b Bodenschätzegesetz regelt die Folgen einer Mißachtung des Betriebszwangs durch Inhaber privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Ausbeutungserlaubnisse an staatsvorbehaltenen Mineralien und durch Gewinnungsberechtigte, deren Recht auf vertraglichen Vereinbarungen mit Grundeigentümern beruht.⁴⁵⁾ Zu den Ausbeutungserlaubnissen aufgrund eines Staatsvorbehalts wird man auch die Berechtigungen nach §§ 38 c ABG, 39 c Badisches Berggesetz zählen müssen. Die landesrechtliche Ausschaltung des Betriebszwangs für diese Gewinnungsrechte ist durch das höherrangige Bodenschätzegesetz derogiert worden. Es ist auch sonst nicht zu erkennen, warum Mineralien unter echtem Staatsvorbehalt anders behandelt werden sollen als Mineralien unter unechtem Staatsvorbehalt.

Die Berechtigungen sollen in ihrem ganzen Geltungsbereich erlöschen. Umfaßt eine einheitliche Gerechtsame mehrere wirtschaftlich und technisch voneinander unabhängige Betriebe, verliert der Bergbauberechtigte also nicht nur das Gewinnungsrecht bei dem stillliegenden

45) Erlaß ZfB 78, S. 17 (24 ff. Ziff. 8 B vor lit. a)

Betrieb, sondern auch bei allen anderen Betrieben. 46)

Der Rechtsverlust tritt auch nicht erst aufgrund hoheitlichen Handelns der Bergbehörde ein. Es genügt die Tatsache des Nichtbetriebs nach Fristablauf. Die Entscheidung der Bergbehörde nach § 3 Abs. 2 ist nur noch feststellender Art.

b) Fraglich ist die Zulässigkeit des Erlöschens als Eigentumsbindung, die von Isay verneint wird. 47) Es wird aber auch die Ansicht vertreten, daß wenigstens bei staatsvorbehaltenen Mineralien kein Eingriff mit Enteignungscharakter erfolge. 48) § 3 Abs. 1 lit. b Bodenschätzegesetz wird aber auch insgesamt für eine entschädigungslos zulässige Eigentumsbindung gehalten. 49)

Bei öffentlich-rechtlichen Ausbeutungserlaubnissen an Mineralien unter echtem Staatsvorbehalt ist schon das Eingreifen des Eigentumsschutzes zweifelhaft (siehe oben IV 2 b). Privatrechtliche Erlaubnisse des Staates können aber nur mit dem stillschweigenden Vorbehalt der Auferlegung einer Betriebspflicht und des Erlöschens der Berechtigung bei deren Mißachtung erteilt werden, denn der Staat ist bei seinem Handeln an die Gesetze gebunden. Ausdrückliche Befreiungen vom Betriebszwang würden gegen § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 Bodenschätzegesetz verstoßen und wären daher unwirksam (§ 134 BGB).

Anders ist es aber bei Ausbeutungsverträgen mit Grundeigentümern. Sie können den öffentlich-rechtlichen Betriebszwang und das Erlöschen von Bergbauberechtigungen

46) Erlaß ZfB 78, S. 17 (25, Ziff. 8 B lit. a)

47) Isay, Der Geist des heutigen deutschen Bergrechts S. 21 f.

48) Miesbach-Engelhardt Anh. A I 5a, § 3 Anm. 1;
Ebel-Weller Anh. III 16, § 3 Anm. 1

49) Huber II, S. 119 (§ 75 III 1 b bb)

nicht zum Gegenstand ihrer privatrechtlichen Ausbeutungsverträge machen. Es ist also zu prüfen, ob das Erlöschen als Eigentumsbindung zu rechtfertigen ist.

Bei dem Gewinnungsrecht nach §§ 38c ABG, 39c Badisches Berggesetz läßt sich das Erlöschen deshalb als Eigentumsbindung rechtfertigen, weil beim Bergwerkseigentum die Aufhebung als Folge der Mißachtung einer Betriebspflicht möglich ist. Ein abgeleitetes Recht kann nicht weiter reichen als die originäre Position, auf die es sich gründet. Dieses Gewinnungsrecht und auch die Ausbeutungserlaubnisse auf staatsvorbehaltene Mineralien lassen sich aber nicht mit den Ausbeutungsverträgen auf Grundeigentümermineralien vergleichen. Bergfreie Mineralien kann jeder muten und nach der Verleihung gewinnen. Staatsvorbehaltene Mineralien stehen nur dem Staat zu; private Dritte haben grundsätzlich überhaupt kein Recht, sie zu gewinnen. Grundeigentümermineralien unterliegen aber dem individuellen Herrschaftsrecht des Grundeigentümers (§ 903 BGB). Die Entziehung oder das Erlöschen von Bergbauberechtigungen an bergfreien oder staatsvorbehaltenen Mineralien greift nicht in Individualrechte ein, weil deren Gewinnung grundsätzlich allen bzw. allein dem Staat zusteht. Die Gewinnung von Grundeigentümermineralien steht jedoch überwiegend ohne Einschränkung durch einen Gemeinschafts- oder Staatsvorbehalt den Grundeigentümern zu. Es handelt sich um Individualrechte, deren Nutzung durch Ausbeutungsverträge Dritten überlassen werden kann.

Ein Erlöschen beseitigt diese schuldrechtlichen Positionen vollständig. Ein wirtschaftlicher Wert kann ihnen nicht abgesprochen werden, denn der Grundeigentümer wird seine Gewinnungsrechte in der Regel nur

gegen Entgelt aus der Hand geben. Der Gewinnungsberechtigte verliert also nicht nur sein Recht, ihm wird auch ein wirtschaftliches Opfer auferlegt. Das Erlöschen privatrechtlicher Ausbeutungsverträge auf nichtstaatsvorbehaltene Grundeigentümermineralien ist daher nicht mehr als Eigentumsbindung zu rechtefertigen.

c) Da das Erlöschen der Ausbeutungsverträge nur dann eintreten kann, wenn die Versorgung der Wirtschaft . mit mineralischen Rohstoffen gefährdet ist, liegt dieser Eingriff in die Eigentumssphäre im Allgemeinwohl. Er könnte daher auch als Enteignung zulässig sein (Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG).

Es fehlt zwar eine Entschädigungsregelung (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Die Junktimklausel gilt aber nicht für Gesetze, die vor dem Grundgesetz entstanden sind.⁵⁰⁾ Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich ausdrücklich um Enteignungsgesetze handelt oder ob sich deren materieller Inhalt als enteignungsgleicher Eingriff darstellt.⁵¹⁾ Heute führt jedoch das Überschreiten der Grenzen der Sozialbindung zur Nichtigkeit des Gesetzes, das den entschädigungslosen enteignungsgleichen Eingriff vorsieht.⁵²⁾ Das gilt auch für solche Vorschriften, die zwar vor dem Grundgesetz erlassen worden sind, deren Vollziehung aber erst den enteignungsgleichen Eingriff darstellt.⁵³⁾

Das Erlöschen der Ausbeutungsverträge erfolgt zwar aufgrund eines vorkonstitutionellen Gesetzes. Die Eigen-

50) BVerfGE 4, S. 219 (236, f.)

51) BGHZ 19, S. 209 (212)

52) BGHZ 6, S. 270 (279)

53) BGHZ 6, S. 270 (279); 19, S. 209 (212)

tumseinbuße wird aber erst durch die Mißachtung der (nachkonstitutionell angeordneten) Betriebspflicht bewirkt. Der entschädigungslose enteignungsgleiche Eingriff ist daher nicht mehr mit der Möglichkeit des Entschädigungsausschlusses gemäß Art. 153 Abs. 2 S. 2 2. Halbsatz der Weimarer Reichsverfassung zu rechtfertigen.⁵¹⁾ Unter der Herrschaft des Grundgesetzes sind Vorschriften, die die Vornahme entschädigungsloser enteignungsgleicher Eingriffe vorsehen, nicht mehr anwendbar.⁵²⁾ Soweit § 3 Abs. 1 lit. b Bodenschätzegesetz das entschädigungslose Erlöschen von Ausbeutungsverträgen mit Grundeigentümern vorsieht, ist diese Norm also nichtig.⁵⁴⁾

d) Obwohl § 3 Abs. 1 lit. b Bodenschätzegesetz wenigstens teilweise mit der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes zu vereinbaren ist, kann diese Vorschrift auch insoweit noch eine übermäßige und daher unwirksame Belastung enthalten, als Ausbeutungserlaubnisse "in ihrem ganzen Geltungsbereiche" erlöschen sollen. Es ist denkbar, daß eine einheitliche Ausbeutungserlaubnis mehrere wirtschaftlich getrennte Bergwerke umfaßt, und daß die allein maßgebenden volkswirtschaftlichen Erwägungen nicht den Betrieb aller verlangen. Dann muß schon die Betriebsanordnung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt werden. Umso weniger können aber bei einer Mißachtung der Betriebspflicht Rechte an Betrieben verloren gehen, die gar nicht mit einer Betriebspflicht belegt werden konnten.

Bei verfassungskonformer Auslegung des Bodenschätzegesetzes erlöschen nach § 3 Abs. 1 lit. b nur Aus-

54) Ebel-Weller Anh. III 16, § 3 Anm. 2
Nach Miesbach-Engelhardt Anh. A I 5 a, § 3 Anm. 1
soll keine Nichtigkeit eintreten. Die Entschädigungs-
regelung sei unmittelbar aus Art. 14 Abs. 3 GG zu
entnehmen.

beutungserlaubnisse aufgrund eines Staatsvorbehalts und nur in dem Umfang, in dem eine Inbetriebsetzung aus volkswirtschaftlichen Gründen erforderlich gewesen wäre. Ferner können auch noch die Rechte des Bergwerkspächters erlöschen.⁵⁵⁾ Diese Art der Bergbauberechtigung wird zwar weder in der Begründung noch im Erlaß zum Bodenschätzegesetz erwähnt. Als Derivat des Bergwerkseigentums kann sie aber nicht anders behandelt werden als die Gewinnungsrechte aus §§ 38c ABG, 39c Badisches Berggesetz.

5. Das Ruhen sonstiger Bergbau-Berechtigungen

a) § 3 Abs. 1 lit. c Bodenschätzegesetz regelt die Folgen der Mißachtung einer Betriebspflicht bei sonstigen Berechtigungen. Da für das Bergwerkseigentum § 3 Abs. 1 lit. a und für die abgeleiteten Berechtigungen aus dem Bergwerkseigentum, dem Staatsvorbehalt und dem Grundeigentum § 3 Abs. 1 lit. b gelten, bleiben als sonstige Berechtigungen nur noch das Grundeigentum und das Recht des Staates aus dem echten Staatsvorbehalt (siehe oben III 1 c). Der echte Staatsvorbehalt scheidet aber schon deshalb als Objekt des Betriebszwangs aus, weil Inhaber der Gewinnungsrechte nur der Staat und niemand anderes sein kann. Ein Wechsel in der Person des Berechtigten (siehe oben 2 b) ist nicht möglich. Unter die Vorschrift des § 3 Abs. 1 lit. c fällt daher nur das Grundeigentum.⁵⁶⁾

55) Ebel-Weller § 50 Anm. 2

56) Miesbach-Engelhardt, Anh. A I 5 a, § 3 Anm. 5;
Ebel-Weller Anh. III 16, § 3 Anm. 3

b) Das Ruhen einer Berechtigung bedeutet im Zivilrecht Hemmung der Ausübung, nicht aber Untergang des Rechts. ⁵⁷⁾ Das Ruhen der Bergbauberechtigung nach dem Bodenschätzegesetz sperrt nur die Befugnis zur Gewinnung, nicht aber die rechtsgeschäftliche Verfügungsbefugnis des Grundeigentümers. ⁵⁸⁾

Es ist fraglich, ob mit dieser Rechtsfolge der volkswirtschaftliche Zweck des Bodenschätzegesetzes überhaupt erreicht werden kann. Dem Eigentümer ist nach der Mißachtung der Betriebspflicht die Gewinnung nicht mehr erlaubt. Er kann zwar einem anderen die Gewinnung gestatten, er kann dazu aber nicht gezwungen werden. ⁵⁹⁾ Der Nutzung einer Lagerstätte kommt man mit dieser Maßnahme also nicht näher. ⁶⁰⁾

Wenn man diese Unzulänglichkeit des Gesetzes durch eine zweckgerichtete Ergänzung überbrücken will, kommt man in Konflikt mit Art. 20 Abs. 3 GG. Nicht der angestrebte Zweck des Gesetzes und die Aufgabe der Behörde, sondern nur ausdrückliche gesetzliche Vorschriften können die Anwendung von Zwangsmaßnahmen rechtfertigen. Es geht daher nicht an, vom Zweck des Bodenschätzegesetzes auf das Mittel - die Möglichkeit einer Entziehung des Gewinnungsrechts des Grundeigentümers - zu schließen, ⁶⁰⁾ ohne daß diese im Bodenschätzegesetz auch nur andeutungsweise vorgesehen ist. Im übrigen gibt es auch kein vom Grundeigentum abspaltbares unbeschränkt dingliches Recht zur Gewinnung der nichtstaatsvorbehaltenen Grundeigentümermineralien.

57) Palandt-Lauterbach § 1675 BGB Anm. 1

58) Miesbach-Engelhardt a.a.O.; Erlaß ZfB 78 S. 17 (27 Ziff. 8 c)

59) ALR Theil II Titel 16 § 77 sah dies - gegen Entschädigung - vor

60) Zimmer, Die Bergbauberechtigung, Glückauf 1955 S. 524 (525)

Folge der Mißachtung des Betriebszwangs durch den Grundeigentümer ist also lediglich das Ruhen von dessen Befugnis zur tatsächlichen Ausbeutung. Mit dieser Maßnahme wird die erwünschte Gewinnung aber eher verhindert als ermöglicht. Der anzuerkennende Zweck des Gesetzes deckt diese Folge nicht mehr. § 3 Abs. 1 lit. c Bodenschätzegesetz ist als Eigentumsbeschränkung nicht mehr zu rechtfertigen. Die Vorschrift ist daher unwirksam.

6. Der Zwangsbetrieb

a) Die Möglichkeit eines Zwangsbetriebs zur Durchsetzung der Betriebspflicht wurde zum ersten Mal durch Art. 218 a Bayerisches Berggesetz eröffnet: ⁶¹⁾

"Wenn dringende Gründe des öffentlichen Wohls es erfordern, hat das Oberbergamt nach Einleitung des Verfahrens wegen Entziehung des Bergwerkseigentums mit sofortiger Wirkung alle Anordnungen zu treffen und nötigenfalls auf Kosten des Bergwerkseigentümers in Vollzug zu setzen, die aus polizeilichen Gründen oder zum ordnungsmäßigen Betriebe des Bergwerks notwendig sind."

Nach den Betriebszwangsvorschriften des ABG ist in § 163 nur das Recht des vormaligen Eigentümers zur Wegnahme von Mauerung und Zimmerung eingeschränkt. Allerdings war in dem gescheiterten Gesetzentwurf vom 23. September 1899 schon ein sehr ausführlich geregelter Zwangsbetrieb vorgesehen. ⁶²⁾ § 4 Bodenschätzegesetz (siehe oben 1 lit. a) knüpfte dann an den bayerischen Art. 218 a an. ⁶³⁾ Für die Ersatzvornahme sind nunmehr die Verwaltungsvollstreckungsgesetze des Bundes und der Länder maßgebend. ⁶⁴⁾

61) Zugleich mit Art. 68 n.F. eingeführt durch das Gesetz vom 10. Oktober 1919, ZfB 61 S. 58

62) Entwurf ZfB 46, 148 ff.

63) Begründung ZfB 77, S. 311 (315, lit. B zu § 4)

64) Ebel-Weller Anh. III 16, Anm. zu § 4

b) Ein Zwangsbetrieb ist überhaupt nur dann durchführbar, wenn Bergwerkseigentümer, Grundeigentümer oder Bergbauberechtigte, denen die Gewinnung vom Grundeigentümer vertraglich gestattet wurde, eine angeordnete Betriebspflicht mißachten. Ausbeuterlaubnisse aufgrund eines Staatsvorbehalts, Gewinnungsberechtigungen nach §§ 38c ABG, 39 c Badisches Berggesetz und sonstige vom Bergwerkseigentum abgeleitete Berechtigungen erlöschen nach Ablauf der Frist für die Betriebsaufnahme (§ 3 Abs. 1 lit. b; siehe oben 4 b und d). Infolgedessen steht bei den verleihbaren bergfreien Mineralien nur noch der Bergwerkseigentümer der Bergbehörde als Gewinnungsberechtigter gegenüber. Bevor dieser aber mit Maßnahmen zur Durchsetzung des Betriebszwangs belegt werden kann, muß ihm erst einmal von neuem eine Betriebspflicht auferlegt werden.

Der Bergwerkseigentümer kann nur bis zur Aufhebung des Bergwerkseigentums mit Zwangsmaßnahmen belegt werden. Danach fehlt ihm das Recht zur Gewinnung, sie kann also auch nicht mehr von ihm erzwungen werden. Das Entziehungsverfahren ist obligatorisch (siehe oben 2 c). Ein Zwangsbetrieb kann daher die Aufhebung nicht ersetzen.

Lediglich der Grundeigentümer, dem zwar eine Betriebspflicht auferlegt, dessen Gewinnungsrecht aber nicht aufgehoben werden kann, müßte einen Zwangsbetrieb von unbeschränkter Dauer als Folge der Mißachtung des Betriebszwangs hinnehmen. Das gleiche gilt von denjenigen Bergbauberechtigten, deren Gewinnungsrecht auf Verträgen mit Grundeigentümern beruht.

c) Wenn man von einer Derogation des Art. 218 a Bayerisches Berggesetz ausgeht, ⁶⁵⁾ kommen nur § 4 des Bodenschätzgesetzes oder die Verwaltungsvollstreckungsgesetze des Bundes und der Länder - soweit diese solche Gesetze erlassen haben - als Rechtsgrundlage für einen Zwangsbetrieb infrage. Maßnahmen nach § 4 können ausschließlich in den Fällen des § 3 Abs. 1 Bodenschätzgesetz aus bergaufsichtlichen oder volkswirtschaftlichen Gründen angeordnet werden. Der Tatbestand des § 3 Abs. 1 setzt voraus, daß eine Betriebsanordnung erlassen worden ist. Dies ist heute aber nur noch aus volkswirtschaftlichen Gründen möglich (siehe oben IV 4 e aa). Bergaufsichtliche Gründe allein sind also nicht hinreichend. Sie sind aber auch gar nicht erforderlich, da volkswirtschaftliche Gründe zur Rechtfertigung von Maßnahmen nach § 4 ausreichen. ⁶⁶⁾

Im Bodenschätzgesetz wird die Möglichkeit eines Zwangsbetriebs nicht ausdrücklich erwähnt. § 4 ermächtigt die Bergbehörde, mit sofortiger Wirksamkeit alle notwendigen Anordnungen zu treffen. Diese Umschreibung eröffnet jedoch einen weiten Spielraum, der von Einzelmaßnahmen bis zur Betriebsführung gegen den Willen des Berechtigten reicht. ⁶⁷⁾

Sachlich ist der Zwangsbetrieb eine Ersatzvornahme der vom Berechtigten pflichtwidrig unterlassenen, zur Sicherung der Rohstoffversorgung erforderlichen Gewinnung. Da das Recht der Ersatzvornahme inzwischen aber in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und einiger Länder geregelt worden ist, kann § 4 Bodenschätzgesetz nicht mehr durchweg als Rechtsgrundlage

65) Miesbach-Engelhardt kommentieren diese Vorschrift als geltendes Recht. Sie ist auch in die Bayerische Bereinigte Sammlung aufgenommen worden (Bay BS IV S. 136 ff.)

66) Miesbach-Engelhardt Anh. A 5 § 4 Anm. 3

67) Begründung ZfB 77, S. 311 (315, lit. B zu § 4)

herangezogen werden (lex posterior derogat legi priori). ⁶⁸⁾

Die Ersatzvornahme ist nur bei vertretbaren Handlungen möglich (§ 10 Bundesverwaltungsvollstreckungsgesetz. Die Landesgesetze enthalten entsprechende Regelungen).

Unvertretbar ist eine Handlung, deren wirtschaftlicher Erfolg davon abhängt, daß sie von dem Gewinnungsberechtigten persönlich durchgeführt wird. ⁶⁹⁾ Das ist bei der Ausbeutung eines Vorkommens als Erfüllung der Betriebspflicht nicht der Fall. Die Ersatzvornahme ist bei einer Mißachtung der Betriebspflicht also nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

d) Zweifel ergeben sich aber im Hinblick auf die Eigentumsgarantie. Schon die Bestimmung, daß der Betriebspflichtige die Kosten des Zwangsbetriebs tragen soll ⁷⁰⁾ (§ 4 Bodenschätzegesetz; § 19 Verwaltungsvollstreckungsgesetz), ist bedenklich. ⁷¹⁾ Sie verträgt sich nicht mit dem Grundsatz, daß der Bergbauberechtigte keinesfalls Verluste durch einen unwirtschaftlichen Betrieb erleiden soll.

68) Ebel-Weller Anh. III 16; Anm. zu § 4

Diese Gesetze sind:

- 1) Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VerVG) vom 27. April 1953, BGBl. I S. 157
- 2) Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (VwZVG) vom 30. Mai 1961 (GVBl. S.148)
- 3) Bremisches Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) in der Fassung vom 1. April 1960 (GBl.S.37)
- 4) Hamburgisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VWVG) vom 13. März 1961 (GVBl.S.79)
- 5) Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (VwVGNW) vom 23. Juli 1957 (GVNW. S.216)
- 6) Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Rheinland-Pfalz vom 8. Juli 1957 (GVBl. S. 101)

69) Rosenberg S. 1076 (§ 208 I 2 lit. a)

70) Miesbach-Engelhardt Anh. A I 5a; § 4 Anm. 3

71) Huber II S. 119 (§ 75 III 1 b bb)

aa) Beim Bergwerkseigentum ist die Durchführung eines Zwangsbetriebs mit der Eigentumsgarantie vereinbar. Bedeutung hat sie bei Betriebseinstellungen, denn sie erlaubt eine Weiterführung des Betriebs bis zur Übernahme durch einen neuen Berechtigten. Gegenüber der Aufhebung des Bergwerkseigentums ist der Zwangsbetrieb die weniger schwerwiegende Maßnahme. Da die Aufhebung keine Enteignungswirkung hat, ist daher auch der Zwangsbetrieb als Eigentumsbindung gerechtfertigt.

Ein Zwangsbetrieb kann dann notwendig sein, wenn bei Versorgungsschwierigkeiten schnelle Abhilfe geboten ist. Der volkswirtschaftliche Zweck des Betriebszwangs erfordert aber nicht, daß die Gewinnung auch auf Kosten des säumigen Unternehmers durchgeführt wird. Diese Regelung ist vom Gemeinwohl nicht zwingend geboten ⁷²⁾ und daher auch nicht mehr mit der Eigentumsgarantie vereinbar. ⁷³⁾

bb) Bei Gewinnungsberechtigungen aus dem Grundeigentum und aus Verträgen mit den Grundeigentümern ist ein Zwangsbetrieb nicht ohne Verletzung der Eigentumsgarantie möglich. Die entschädigungslose Entziehung dieser Berechtigungen führt zu einer wirtschaftlichen Einbuße. Es handelt sich um eine schwerwiegende, in den Wesensgehalt eingreifende und daher nicht mehr zumutbare Belastung (siehe oben 4 b). Ein Zwangsbetrieb kommt praktisch einer Entziehung gleich. Da bei Grundeigentümermineralien weder ein Erlöschen noch eine Entziehung der Berechtigungen möglich ist, handelt es sich nicht wie bei der Entziehung des Bergwerkseigentums um eine Übergangsmaßnahme, ⁷⁴⁾ sondern um einen Dauerzustand. Der säumige Bergbauberechtigte

72) BGHZ 6 S. 270 (276 ff.)

73) Huber a.a.O.

74) Entwurf ZfB 46 S. 148 (161); Miesbach-Engelhardt Art. 219/§ 63 Anm. 1

wäre nicht anders gestellt, als wenn er gezwungen würde, einem Dritten die Ausbeutung zu gestatten. Dies war aber schon nach § 77 Th. II Tit 16 ALR nur gegen Entschädigung statthaft. Bei nichtstaatsvorbehaltenen Grundeigentümermineralien kommt daher ein Zwangsbetrieb im Wege der Ersatzvornahme nicht infrage. Die Betriebspflicht kann lediglich mit Zwangsgeldern durchgesetzt werden (§ 11 Abs. 1 S. 2 Bundesverwaltungsvollstreckungsgesetz).

7. Der Rechtsweg

a) § 157 ABG räumte Bergwerkseigentümer gegen den Beschluß der Bergbehörde, das Entziehungsverfahren einzuleiten, eine Aufhebungsklage beim örtlich zuständigen Gericht ein. Damit konnte nur ein ordentliches Gericht gemeint sein, denn die Verwaltungsgerichtsbarkeit begann in Preußen erst mit der Einsetzung der Kreisausschüsse (1872) und mit der Errichtung des Obergerverwaltungsgerichts (1875).⁷⁵⁾

Das Bodenschätzegesetz schließt in § 3 Abs. 2 den Rechtsweg gegen die Entscheidung der Bergbehörde über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 3 Abs. 1 aus. Diese Regelung ist mit Art. 19 Abs. 4 GG und der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel des § 40 VwGO unvereinbar.⁷⁶⁾

Über das nunmehr einzuschlagende Verfahren bestehen unterschiedliche Ansichten. Es soll schlechthin der Verwaltungsrechtsweg gegeben sein,⁷⁷⁾ weil § 157 ABG

75) Forsthoff S. 421

76) Ebel-Weller § 157 Anm. 1; Miesbach-Engelhardt Art. 214/§ 156 Anm. 2; Reuß-Grotefend-Dapprich § 157 Anm. 1; Willecke S. 49; Schulte, Berggesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Glückauf 1953, S. 264 (271)

77) Ebel-Weller, Reuß-Grotefend-Dapprich u. Willecke a.a.O.

von § 3 Abs. 2 Bodenschätzgesetz abgelöst worden sei.⁷⁸⁾ Nach anderer Ansicht soll § 157 ABG noch für ausschließlich nach Landesbergrecht durchgeführte Verfahren Bedeutung haben⁷⁹⁾ und als Zuweisung einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit in den ordentlichen Rechtsweg⁸⁰⁾ gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO⁸¹⁾ anzusehen sein.

b) Nach § 3 Abs. 2 Bodenschätzgesetz wird der Rechtsweg insoweit ausgeschlossen, als die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 3 Abs. 1 infrage stehen. Der gerichtlichen Nachprüfung sollte entzogen sein, ob der Betrieb fristgemäß im angeordneten Umfang aufgenommen worden war und ob Bergbauberechtigungen ruhten oder erloschen waren. Die Einleitung des Entziehungsverfahrens und die Aufhebung des Bergwerkseigentums erfolgt aber nach landesrechtlichen Vorschriften, auf die das Bodenschätzgesetz lediglich verweist. Beides gehört daher nicht unmittelbar zu den Rechtsfolgen des § 3 Abs. 1.

Dennoch ist § 157 ABG durch § 3 Abs. 2 abgelöst worden. Diese Vorschrift gab dem Bergwerkseigentümer keine Handhabe, gegen die Auferlegung einer Betriebspflicht zu klagen. Mit der Klage gegen den Einleitungsbeschluß konnte lediglich ein error in persona oder die fristgemäß erfolgte Betriebseröffnung geltend gemacht werden.⁸²⁾ Es sollte also gerichtlich überprüfbar sein, ob die Voraussetzungen zur Einleitung des Entziehungsverfahrens vorlagen. Gerade das war durch § 3 Abs. 2 aber der richterlichen Nachprüfung entzogen worden. Nach dem Wegfall von § 3 Abs. 2 lebt § 157 ABG auch

78) Erlaß ZfB 78 S. 17 (22, Ziff. 8 A a); BS NRW S. 178

79) Ebel § 157 Anm. 1; Ebel-Weller § 157 Anm. 2

80) Schulte a.a.O.

81) Miesbach-Engelhardt Art. 214/§ 156 Anm. 2

82) Motive ZfB 6, S. 55 (180)

nicht wieder auf.⁸³⁾ Für die Entscheidungen über Maßnahmen der Bergbehörden im Betriebszwangsverfahren sind also ausschließlich die Verwaltungsgerichte zuständig. (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO).

Man kann § 157 ABG auch kaum als Zuweisungsnorm nach § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO ansehen. Einerseits handelt es sich nicht um Bundesrecht.⁸⁴⁾ Andererseits bestand bei Erlass des Allgemeinen Berggesetzes noch keine Verwaltungsgerichtsbarkeit. Nach dem damals herrschenden Enumerationsprinzip⁸⁵⁾ begründete diese Vorschrift die (ausnahmsweise) gerichtliche Nachprüfbarkeit eines Verwaltungsakts. Darin erschöpft sich ihre Bedeutung.

83) v. Mangoldt-Klein I Art. 31 GG anm. IV 3

84) BGH ZfB 95 S. 211

85) Ule S. 28 (§ 8 I)

VI. Der Betriebszwang im Entwurf eines Bundesberggesetzes von Isay

1. Der Kreis der Verpflichteten

Der Entwurf von Isay enthält im 3. Abschnitt (§§ 151 ff.) auch eine Betriebszwangsregelung. Anknüpfungspunkt ist das Bergwerkseigentum. Nach § 1 Abs. 1 des Entwurfs sind volkswirtschaftlich bedeutsame Mineralien dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers entzogen. In § 1 Abs. 2 werden dann zwar die bergfreien Mineralien einzeln aufgezählt. Die Generalklausel des § 1 Abs. 1 erlaubt aber eine schnelle Anpassung dieses Katalogs an die sich ändernden Verhältnisse (§ 1 Abs. 3). Die nach dem gegenwärtigen Recht für die Entziehung der Berechtigung bedeutungsvolle Unterscheidung zwischen bergfreien Mineralien und Grundeigentümermineralien spielt daher keine Rolle.

Praktisch bestehen aber keine Unterschiede zum geltenden Recht. Die Generalklausel des Entwurfs (§ 1 Abs. 1) tritt lediglich an die Stelle der Generalklausel des § 1 Abs. 2 Bodenschätzegesetz. Dort ist zwar die bergpolizeiliche Aufsicht Anknüpfungspunkt für den Betriebszwang. Eine Betriebsanordnung kann aber nur dann ergehen, wenn sie aus gesamtwirtschaftlichen Gründen dringend erforderlich ist. Erhebliche volkswirtschaftliche Bedeutung eines Minerals ist also auch nach dem geltenden Recht eine Voraussetzung für den Betriebszwang. Auch aus dem Tatbestandsmerkmal der bergpolizeilichen Aufsicht ergibt sich nichts anderes. Diese erstreckt sich in erster Linie auf die Gewinnung bergfreier Mineralien.

2. Art und Inhalt der Verpflichtung

Nach dem Bodenschätzegesetz wird den Bergbauberechtigten von Fall zu Fall eine Betriebspflicht auferlegt. Dabei kann die Aufnahme, die Wiederaufnahme oder die Fortsetzung der Aufsuchungs- oder Gewinnungsarbeiten vorgeschrieben werden. Die Bergbehörde kann auch eine Mindestförderung festsetzen (§§ 1 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 Bodenschätzegesetz). Allerdings kommt dann eine Schürfpflicht nicht infrage, wenn man schon zum Erwerb der Bergbauberechtigung einen Fundpunkt nachweisen muß.

Eine Verpflichtung zur Vornahme von Aufsuchungsarbeiten scheidet nach dem Entwurf von Isay aus. Der Betriebszwang ist nur gegen das Bergwerkseigentum gerichtet, das erst nach erfolgreichem Schürfen verliehen wird. Es fehlt auch die Möglichkeit, vom Bergwerkseigentümer eine Mindestförderung zu verlangen.

Im Gegensatz zum geltenden Recht unterscheidet der Entwurf zwischen laufenden Betrieben einerseits und unverritzten Feldern oder stillgelegten Bergwerken andererseits (§ 151, 159). Laufende Betriebe unterliegen dem generellen Betriebszwang, wie er schon in § 188 Th. II Tit. 16 ALR und in Art. 68 Bayerisches Berggesetz vorgesehen war. Betriebseinstellungen dürfen nur mit Genehmigung der Bergbehörde vorgenommen werden. (§ 151). Unverritzte Felder und stillgelegte Bergwerke sind dagegen wie in §§ 65 ABG, 1 Abs. 1 S. 1 Bodenschätzegesetz nur dann in Betrieb zu nehmen, wenn die Bergbehörde im Einzelfall eine besondere Betriebsanordnung erläßt.

Diese Unterscheidung beruht auf der Erwägung, daß durch die Einstellung laufender Betriebe erhebliche Schäden angerichtet werden können, die nur schwer

auszugleichen sind. Stilllegungen begründen dringendere Gefahren als die bloße Nichtausnutzung von Gewinnungsrechten. Sie können zu Arbeitslosigkeit und zu Nachteilen für die Grund- und Bergwerksnachbarn führen. Der Betriebszwang soll auch für unrentable Betriebe gelten, damit wertlose Berechtigungen aufgehoben werden können.¹⁾ Für die strengere Regelung gegenüber laufenden Betrieben spricht auch die Tatsache, daß man ein aufgegebenes Vorkommen nur schwer wieder aufschließen kann. Eine solche Lagerstätte ist für die Volkswirtschaft meist endgültig verloren.

Die Versagung der Genehmigung, einen Betrieb einzustellen, oder die Betriebsanordnung setzen einen Vergleich der widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen durch die Bergbehörde voraus (§§ 151, 159). Das Zurückhalten von Reservefeldern beispielsweise ist zulässig.²⁾

Im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes läßt sich ein Betriebszwang aber nur zur Abwendung von Gefahren für die Versorgung mit mineralischen Rohstoffen rechtfertigen. Ein solcher Gefahrenfall ist nicht die Regel, sondern eine Ausnahme. Ein genereller Betriebszwang mit Befreiungsmöglichkeit ist keine angemessene Lösung dieser Spannungslage.³⁾ Das hat schon die Vielzahl der Dispense vor Erlaß des Allgemeinen Berggesetzes gezeigt.⁴⁾

Dringenden Gefahren aus Betriebseinstellungen kann man auch nicht mit der juristischen Konstruktion des Betriebszwangs, sondern nur mit einem Zwangsbetrieb

1) und 2) Isay, Entwurf eines Bundesberggesetzes S. 131 ff.

3) Zimmer, Die Bergbauberechtigung, Glückauf 1955 S. 524 (S. 526)

4) Motive, ZfB 6, S. 55 (70, 135)

begegnen. Diese Möglichkeit hat man aber auch, wenn Betriebsanordnungen nur von Fall zu Fall erlassen werden.

Die Bergbehörde kann sich auch nicht über den Umweg einer Betriebsanordnung die Möglichkeit verschaffen, wertlose Berechtigungen aufzuheben. Zweck des Betriebszwangs ist eine gesteigerte Nutzung der Bodenschätze, nicht aber die Schaffung möglichst klarer und einfacher Berechtigungsverhältnisse. Es ist daher sehr fraglich, ob sich der von Isay vorgeschlagene Betriebszwang in vollem Umfang mit dem Grundrechtsschutz des Eigentums vereinbaren läßt.

3. Die Durchsetzung des Betriebszwangs

Nach dem Bodenschätzegesetz wird bei einer Mißachtung des Betriebszwangs das Bergwerkseigentum aufgehoben, abgeleitete Rechte aus dem Bergwerkseigentum und aus dem Staatsvorbehalt erlöschen. Während des Verfahrens zur Aufhebung des Bergwerkseigentums kann auch ein Zwangsbetrieb durchgeführt werden. Zur Gewinnung von Grundeigentümermineralien kann nur durch Zwangsgelder angehalten werden. Eine § 77 Th. II Tit. 16 ALR ähnliche Bestimmung, nach der dem Grundeigentümer gegen Entschädigung die Überlassung der Gewinnung an einen Dritten aufgegeben werden kann, fehlt im geltenden Recht.

Nach dem Entwurf von Isay kommt als Bergbauberechtigung praktisch nur das Bergwerkseigentum infrage. Die Existenz von Grundeigentümermineralien macht keine Schwierigkeiten, da diese volkswirtschaftlich keine Bedeutung haben (§ 1 Abs. 1). Bei laufenden Betrieben ist für den Fall einer Mißachtung des Betriebszwangs die Entziehung des Bergwerkseigentums vorgesehen.

Daneben ist auch ein Zwangsbetrieb möglich (§§ 152, 153). Bei unverritzten Feldern und bei stillgelegten Bergwerken kommt nur die Entziehung des Bergwerkseigentums infrage (§ 159). ⁵⁾

Die zwangsweise Durchführung der Gewinnungsarbeiten erfordert hohe Aufwendungen. Es ist deshalb bezweifelt worden, ob diese Möglichkeit überhaupt praktische Bedeutung haben kann. ⁶⁾ Es läßt sich aber nicht ausschließen, daß außergewöhnliche Verhältnisse schon einmal unter allen Umständen eine Gewinnung erfordern können. Dies gilt insbesondere bei Betriebseinstellungen, da diese meist zu einem endgültigen Verlust der Lagerstätte führen können. Ein Zwangsbetrieb kann aus gesamtwirtschaftlichen Gründen aber auch bei unverritzten Feldern oder stillgelegten Betrieben notwendig sein. Für einen solchen Fall bietet der Entwurf von Isay keine ausreichende Rechtsgrundlage. Hier enthält das Bodenschätzegesetz wenigstens für die bergfreien Mineralien eine bessere Regelung.

Wie nach § 4 Bodenschätzegesetz soll auch nach § 153 des Entwurfs der Zwangsbetrieb auf Kosten des Gewinnungsberechtigten durchgeführt werden. Diese Bestimmungen sind mit der Eigentumsgarantie nicht zu vereinbaren. Der Bergwerkseigentümer darf einer volkswirtschaftlich erwünschten Gewinnung von Bodenschätzen nicht im Wege stehen. Das Gemeinwohl gebietet aber nicht, säumigen Bergbauberechtigten auch die Kosten der Gewinnung aufzuerlegen.

5) Entwurf ZfB 46, S. 148 (160)

6) Willecke, Gedanken zu einem Bundesberggesetz, Bergbauwissenschaften 1961 S. 73 (78)

VII. Die geplante Bergrechtsreform

1. Die Gesetzesvorschläge

a) Der Musterentwurf eines Landesberggesetzes ¹⁾

sieht in Abschnitt II "Entstehung und Beendigung des Bergwerkseigentums" im 5. Unterabschnitt "Aufhebung des Bergwerkseigentums" Sanktionen für die Mißachtung des Betriebszwangs vor, der selber im Abschnitt VII "Bergwerksbetrieb" geregelt ist:

- § 38 Das Bergwerkseigentum wird durch Entscheidung des Oberbergamts aufgehoben, wenn
- a) die Voraussetzungen des § 120 gegeben sind oder
 - b) der Bergwerkseigentümer den Verzicht gegenüber dem Oberbergamt schriftlich oder zur Niederschrift erklärt hat und öffentliche Interessen der Aufhebung nicht entgegenstehen.
- § 39 (1) Bei der Aufhebung des Bergwerkseigentums nach § 38 Buchstabe a) hat das Oberbergamt zunächst eine Entscheidung über die Einleitung des Aufhebungsverfahrens zu treffen und dem Bergwerkseigentümer zuzustellen. Außerdem ist diese Entscheidung in dem für amtliche Bekanntmachungen bestimmten Blatt zu veröffentlichen und aus dem Grundbuch ersichtlichen dinglich Berechtigten unter Hinweis darauf zuzustellen, daß ihre Rechte mit der Aufhebung des Bergwerkseigentums erlöschen.
- (2) Der Bergwerkseigentümer und jeder dinglich Berechtigte kann innerhalb von drei Monaten nach Zustellung der rechtskräftigen Entscheidung nach Absatz 1 die Zwangsversteigerung des Bergwerkseigentums beantragen.
- (3) Wird die Zwangsversteigerung nicht beantragt oder führt das Zwangsversteigerungsverfahren nicht zur Erteilung eines Zuschlags, so hebt das Oberbergamt das Bergwerkseigentum auf. Damit erlöschen alle Rechte an dem Bergwerkseigentum.
- § 120 (1) Der Bergwerksunternehmer hat in seinem Bergwerksfeld die Aufsuchung und Gewinnung der verbliebenen Bodenschätze zu betreiben, wenn der Unterlassung oder Einstellung des Betriebes dringende Gründe des öffentlichen Interesses entgegenstehen.

1) Musterentwurf eines Landesberggesetzes erstellt vom Arbeitskreis zur Koordinierung der bergrechtlichen Vorschriften im Bundesgebiet im Auftrag des Länderausschusses Bergbau mit den von der "Gemischten Kommission" vorgeschlagenen Änderungen (1956)

(2) Die Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen nach Absatz 1 vorliegen, fällt nach Anhörung des Bergwerksunternehmers das Bergamt. Es hat dabei über Art und Umfang der durchzuführenden Arbeiten sowie über den Zeitpunkt ihrer Inangriffnahme Bestimmungen zu treffen.

(3) Betreibt der Bergwerksunternehmer entgegen der Entscheidung des Oberbergamts die Aufsuchung und Gewinnung der verliehenen Bodenschätze nicht, so wird das Bergwerkseigentum nach den Vorschriften der §§ 38 bis 40 aufgehoben.

Hinsichtlich der Grundeigentümermineralien ist auch noch die Vorschrift des § 141 Abs. 1 interessant:

(1) Die Vorschriften dieses Gesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen über die Begründung, Änderung und Aufhebung von Bergwerkseigentum gelten entsprechend für die Grundeigentümermineralien.

b) Der Entwurf eines Bundesberggesetzes von 1958

folgt hinsichtlich des Betriebszwangs und seiner Durchsetzung dem Musterentwurf eines Landesberggesetzes. Etwas anders gefaßt ist § 141 Abs. 1:

(1) Die Vorschriften dieses Gesetzes mit Ausnahme des zweiten Abschnitts und des § 120 gelten entsprechend.

Von Bedeutung ist auch noch die Vorschrift über die Feldesbereinigung im Abschnitt XIII "Übergangs- und Schlußbestimmungen".

- § 144
- (1) Bestehendes Bergwerkseigentum erlischt nach Ablauf eines Jahres, wenn in dem Bergwerksfeld innerhalb von 30 Jahren vor Inkrafttreten dieses Gesetzes ein bergmännischer Betrieb nicht stattgefunden hat.
- (2) Diese Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn der Bergwerkseigentümer dem Oberbergamt glaubhaft macht, daß eine Betriebsaufnahme künftig in Betracht kommt.
- (3) Das Oberbergamt hat dem Grundbuchamt das Erlöschen des Bergwerkseigentums zum Zweck der Berichtigung des Grundbuchs mitzuteilen.

2. Kritik der Entwürfe

a) Dem Wortlaut des Bodenschätzgesetzes folgend, ist auf eine Anordnung der Bergbehörde die Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien zu betreiben. Die Pflicht zur Aufsuchung läßt sich nicht mit der Tatsache vereinbaren, daß das Schürfen, also das Aufsuchen der Mineralien auf ihren natürlichen Ablagerungen zum Erwerb von Bergwerkseigentum auch nach diesen Entwürfen grundsätzlich frei ist (§ 3 Abs. 1) und keiner besonderen Berechtigung bedarf. Soweit ein Schürfvorbehalt besteht, ist die Vergabe eines ausschließlichen Schürfrechts nicht vorgesehen (§ 3 Abs.2). Bei den frei schürfbaren Mineralien fehlt es also an einem Rechtsträger, der mit einer Schürfpflicht belastet werden könnte. Soweit der Schürfvorbehalt reicht, werden keine ausschließlichen Schürfrechte vergeben, die die Vornahme von Schürfarbeiten bei denselben Mineralien durch Dritte hindern könnten und deren Beseitigung daher notwendig wäre.

Beim Musterentwurf von 1956 könnte man die vorgesehene Anordnung von Aufsuchungsarbeiten noch damit rechtfertigen, daß der Betriebszwang auch für die Grundeigentümermineralien gelten solle, weil die Anwendbarkeit des § 120 in § 141 Abs. 1 nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird. Abgesehen davon, daß es sich hierbei wohl nur um ein redaktionelles Versehen handelt, weil die Entziehung von Grundeigentümermineralien nicht vorgesehen ist, beseitigt auch § 141 Abs. 1 des Bundesberggesetzentwurfs diesen Zweifel. Die in § 120 beider Entwürfe vorgesehene Möglichkeit, neben den Gewinnungsarbeiten auch Aufsuchungsarbeiten anzuordnen, ist mangels eines Pflichtenträgers praktisch ohne Bedeutung oder überflüssig, weil der Verpflichtete nicht ausschließlich berechtigt ist. Dazu kommt, daß eine Entziehung der Schürfberechtigung des § 3 Abs.2 nicht vorgesehen ist.

b) Die Entwürfe sehen eine Betriebsanordnung vor, falls dies dringende Gründe des öffentlichen Interesses rechtfertigen. Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs "dringende Gründe des öffentlichen Interesses" bliebe damit der Rechtsprechung und der Verwaltungspraxis vorbehalten. Da in der verfassungsrechtlichen Spannungslage zwischen öffentlichen Interessen und individuellem Bergwerkseigentum allein volkswirtschaftliche Gründe geeignet sind, eine Betriebspflicht zu rechtfertigen, könnte man auch die "Gefährdung der Rohstoffversorgung" anstelle der vieldeutigen "öffentlichen Interessen" schon im Gesetz selber als Tatbestandsmerkmal nennen. Aus den gleichen verfassungsrechtlichen Gründen sollte ausdrücklich auch das Verbot ausgesprochen werden, einen unwirtschaftlichen Betrieb anzuordnen. Dasselbe gilt für die Reservefelder laufender Betriebe.

c) Es fällt auf, daß nach § 120 der Entwürfe die Betriebsanordnung zwar gegen den Bergwerksunternehmer zu richten ist, als Folge ihrer Mißachtung ist nach § 38 aber nur die Aufhebung des Bergwerkseigentums vorgesehen. Es fehlt eine dem § 3 Abs. 1 lit. b Bodenschätzegesetz vergleichbare Regelung (vergl. oben V 4 d, S. 89), die zum Erlöschen von Bergbauberechtigungen führt, die vom Bergwerkseigentum abgeleitet sind (Bergwerkspacht). Der Bergwerksbesitzer kann als Bergwerksunternehmer zwar mit einer Betriebsanordnung belastet werden, die Folgen des Nichtbetriebs hätte aber nur der Bergwerkseigentümer zu tragen, der seinerseits den Bergwerksbesitzer möglicherweise gar nicht zur Betriebsaufnahme veranlassen kann. Hier wäre es angebracht, zunächst das Recht des Bergwerksbesitzers zu beseitigen, um dem Bergwerkseigentümer die Möglichkeit zur Betriebsaufnahme zu geben.

d) Die Entziehung von Bergwerkseigentum zur Feldesbereinigung unterscheidet sich von der mit der Eigentumsgarantie zu vereinbarenden Entziehung im Betriebszwangsverfahren (s.o. V 3, S. 80 ff.) dadurch, daß die Übersichtlichkeit des Gerechtsamewesens kein so überragend wichtiges Gemeinschaftsanliegen ist wie die Vermeidung von Versorgungsschwierigkeiten. Es ist daher zweifelhaft, ob hier das Prinzip der Verhältnismäßigkeit des staatlichen Eingriffs noch gewahrt wird.²⁾ Dabei muß man jedoch berücksichtigen, daß der Wert eines Gewinnungsrechts im Abbau des verliehenen Vorkommens liegt. Bleibt ein Feld mehr als dreißig Jahre lang liegen, und wird es auch nicht in eine geplante Gewinnung einbezogen, ist dies ein starkes Beweisanzeichen für seine geringe Bedeutung. Dem weniger wichtigen Gemeinschaftsgut steht dann eine nach dem ersten Anschein auch nur weniger bedeutsame Gewinnungsberechtigung gegenüber. Gegen eine Entziehung ist vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus gesehen daher nichts einzuwenden, wenn in einem Entziehungsverfahren festgestellt wird, daß in einem verliehenen Feld wegen der Bedeutungslosigkeit des Vorkommens keine Gewinnung mehr zu erwarten ist.

2) BVerfGE 20 S. 351 (361)

VIII. Zusammenfassung und eigener Gesetzesvorschlag

1. Der Betriebszwang findet sich als die sogenannte Freifahrung verliehener Bergbauberechtigungen schon in den ältesten deutschen Bergrechten. Fast alle Bergordnungen einschließlich denen der Neuzeit enthalten Betriebszwangsregelungen. Die Betriebspflicht war nicht auf verliehene Bergbauberechtigungen und Stollenrechte beschränkt. Das Preußische Allgemeine Landrecht kannte sie auch bei solchen Mineralien, die dem Aneignungsrecht des Grundeigentümers unterlagen. Allerdings konnte das Gewinnungsrecht des Grundeigentümers nicht entschädigungslos der Allgemeinheit nutzbar gemacht werden.

2. Die modernen, dem Preußischen Allgemeinen Berggesetz nachgebildeten Berggesetze der deutschen Länder enthielten ausnahmslos das Institut des Betriebszwangs oder doch wenigstens die Möglichkeit der Freifahrung. Überwiegend bestand aber statt eines generellen Betriebszwangs nur die Möglichkeit, das Bergwerkseigentum im Einzelfall mit einer Betriebspflicht zu belasten. Das Reichsgesetz zur Erschließung von Bodenschätzen vom 1. Dezember 1936 hat sämtliche landesrechtlichen Betriebszwangsvorschriften bis auf die Regelungen des Verfahrens zur Entziehung des Bergwerkseigentums abgelöst. Die materiellen Betriebszwangsregelungen der Landesrechte sind auch nicht mehr neben dem nun Bundesrecht gewordenen Reichsgesetz anwendbar. Spätere Rechtssetzungs- und Rechtsvereinigungsakte der Länder haben den Bestand dieses Bundesrechts nicht beeinträchtigen können.

3. Auch das Bodenschätzegesetz begründet keinen generellen Betriebszwang, sondern ermöglicht nur die Auf-

erlegung einer Betriebspflicht im Einzelfall. Es ist aber nicht nur auf Bergbauberechtigungen aufgrund verliehenen Bergwerkseigentums anwendbar. Ihm unterliegen vielmehr alle Bergbauberechtigten, die der bergpolizeilichen Aufsicht (Bergaufsicht) unterstehen. Eine Betriebsanordnung kann also auch gegen solche Bergwerksinhaber ergehen, deren Berechtigung sich aus dem Grundeigentum oder dem echten und unechten Staatsvorbehalt ergibt oder abgeleitet ist. Entscheidend ist allein der landesrechtlich geregelte Umfang der Bergaufsicht.

Falls nicht schon wie beim Bergwerkseigentum für den Erwerb der Berechtigung ein Fundpunkt nachgewiesen werden muß, kann der Bergwerksinhaber nicht nur zur Gewinnung, sondern auch zur Aufsuchung verpflichtet werden. Die Betriebsanordnung wirkt aber nicht dinglich auf den Bergwerksbetrieb. Bei einem Wechsel in der Person des unmittelbaren Bergwerksbesitzers muß sie wiederholt werden.

4. Die Betriebsanordnung nach dem Bodenschätzgesetz ist auch mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG vereinbar. Wendet man die modifizierte Einzelakts-theorie an, liegen kein Eingriff in den Wesensgehalt der Abbauberechtigungen und auch keine ungerechtfertigte ungleiche Belastung des Bergbaus gegenüber anderen Wirtschaftszweigen vor. Das gilt allerdings nur dann, wenn man das Bodenschätzgesetz verfassungskonform dahin auslegt, daß allein volkswirtschaftliche Gründe die Auferlegung einer Betriebspflicht zur Sicherung der Rohstoffversorgung rechtfertigen. Auch darf kein Zwang zu einem unwirtschaftlichen Betrieb ausgeübt werden.

Auch nach der Schweretheorie liegt in einer Betriebs-

anordnung kein enteignungsgleicher Eingriff. Sie hält sich vielmehr deshalb im Rahmen der Sozialbindung, weil vom Bergbauberechtigten ein Verhalten verlangt wird, das typischerweise zur Erzielung von Erträgen und zu einer Vermehrung der Vermögenssubstanz führt.

Andere Abgrenzungstheorien ergeben ebenfalls die Zulässigkeit des Betriebszwangs als Eigentumsbindung.

5. Unterschiedlich zu beurteilen ist jedoch die Entziehung oder das Erlöschen von Bergbauberechtigungen als Folge einer Mißachtung der Betriebspflicht. Die Aufhebung von Bergwerkseigentum wird durch die Eigentums-garantie nicht gehindert, weil die Beibehaltung des Betriebszwangs mit der Folge der Entziehung des Gewinnungs-rechts bei Nichtbeachtung kein Eingriff in bestehende Rechtspositionen war, sondern als Ausgestaltung und Abgrenzung neugeschaffener Rechtseinrichtungen aufzufassen ist. Die Rechtsstellung des Bergwerkseigentümers wird daher nur dann von der Eigentums-garantie gewährleistet, wenn er sie zur volkswirtschaftlich erwünschten Gewinnung der verliehenen Mineralien benutzt. Wie die Entziehung des Bergwerkseigentums ist auch das Erlöschen von Gewinnungsrechten zu beurteilen, die vom Bergwerks-eigentum abgeleitet sind (§§ 38 c, ABG, 39 c Badisches Berggesetz, Bergwerkspacht). Das abgeleitete Recht kann keinen stärkeren Grundrechtsschutz beanspruchen als das ursprüngliche Recht, auf das es sich gründet. Auch das Erlöschen von abgeleiteten Berechtigungen an Mineralien, die unter echtem Staatsvorbehalt stehen, ist mit der Eigentums-garantie vereinbar. Diese Mineralien sind durch den Staatsvorbehalt ohnehin schon aus der Sphäre des schutzwürdigen Privateigentums herausgenommen worden. Abgeleitete Ausbeutungserlaubnisse können auch hier keinen größeren Grundrechtsschutz schaffen.

Nicht mehr mit der Eigentumsgarantie zu vereinbaren ist allerdings das entschädigungslose Erlöschen von Ausbeutungsverträgen mit Grundeigentümern und das Ruhen von Grundeigentümerberechtigungen. Das Grundeigentum ist ein Individualrecht, dessen - wenn auch nicht vollständiger - Verlust zu einer wirtschaftlichen Einbuße und damit zu einem Sonderopfer führt.

Zwar kann bei den Grundeigentümermineralien ein öffentliches Interesse an der Gewinnung ebenso dringend sein wie bei den bergfreien oder den staatsvorbehaltenen Mineralien. Ihre formale Zugehörigkeit zum Grundeigentum erlaubt aber nicht ihre entschädigungslose Entziehung wegen einer Mißachtung der Betriebspflicht. De lege ferenda müßte also eine Regelung, die der Durchsetzung der als Eigentumsbindung zulässigen Betriebspflicht bei den Grundeigentümermineralien dient, mit einer Entschädigungsnorm versehen werden, falls man derart wichtige Mineralien nicht überhaupt dem Bereich des Bergfreien oder des Staatsvorbehalts zuschlagen will.

6. Ein Zwangsbetrieb als Übergangsmaßnahme zur Gewährleistung einer volkswirtschaftlich erwünschten Mineralgewinnung ist beim Bergwerkseigentum zulässig. Damit kann die Zeit überbrückt werden, die das Verfahren zur Entziehung des Bergwerkseigentums in Anspruch nimmt. Allerdings würde es zu einer übermäßigen und daher nicht mehr zulässigen Belastung des säumigen Bergwerkseigentümers führen, wenn der Zwangsbetrieb auf seine Kosten erfolgte.

Beim Grundeigentümerbergbau wäre der Zwangsbetrieb mangels Entziehbarkeit des Gewinnungsrechts praktisch eine Dauermaßnahme. Er würde zu einem wirtschaftlichen Sonderopfer führen und könnte daher nur gegen Entschädigung zulässig

sein. Eine solche Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen fehlt aber. Abbauberechtigte an Grundeigentümermineralien können daher nicht anders zur Beachtung einer ihnen auferlegten Betriebspflicht angehalten werden als durch die Verhängung von Zwangsgeldern.

7. Eigener Gesetzesvorschlag

§ 1

Ist die Versorgung mit mineralischen Rohstoffen gefährdet, sind verliehene Bergwerke vom Bergwerksunternehmer auf Anordnung der Bergbehörde in Betrieb zu nehmen oder zu halten, wenn der gesamtwirtschaftliche Bedarf nicht anders gedeckt werden kann.

§ 2

Eine Betriebsanordnung darf nicht ergehen, wenn die Gewinnung unwirtschaftlich ist oder die ausreichende Feldesreserve laufender Betriebe beeinträchtigt wird.

§ 3

Unterbleibt der Betrieb, nachdem die Betriebsanordnung unanfechtbar geworden ist, wird das Bergwerkseigentum entzogen oder eine von diesen abgeleitete Gewinnungsberechtigung durch Beschluß aufgehoben.

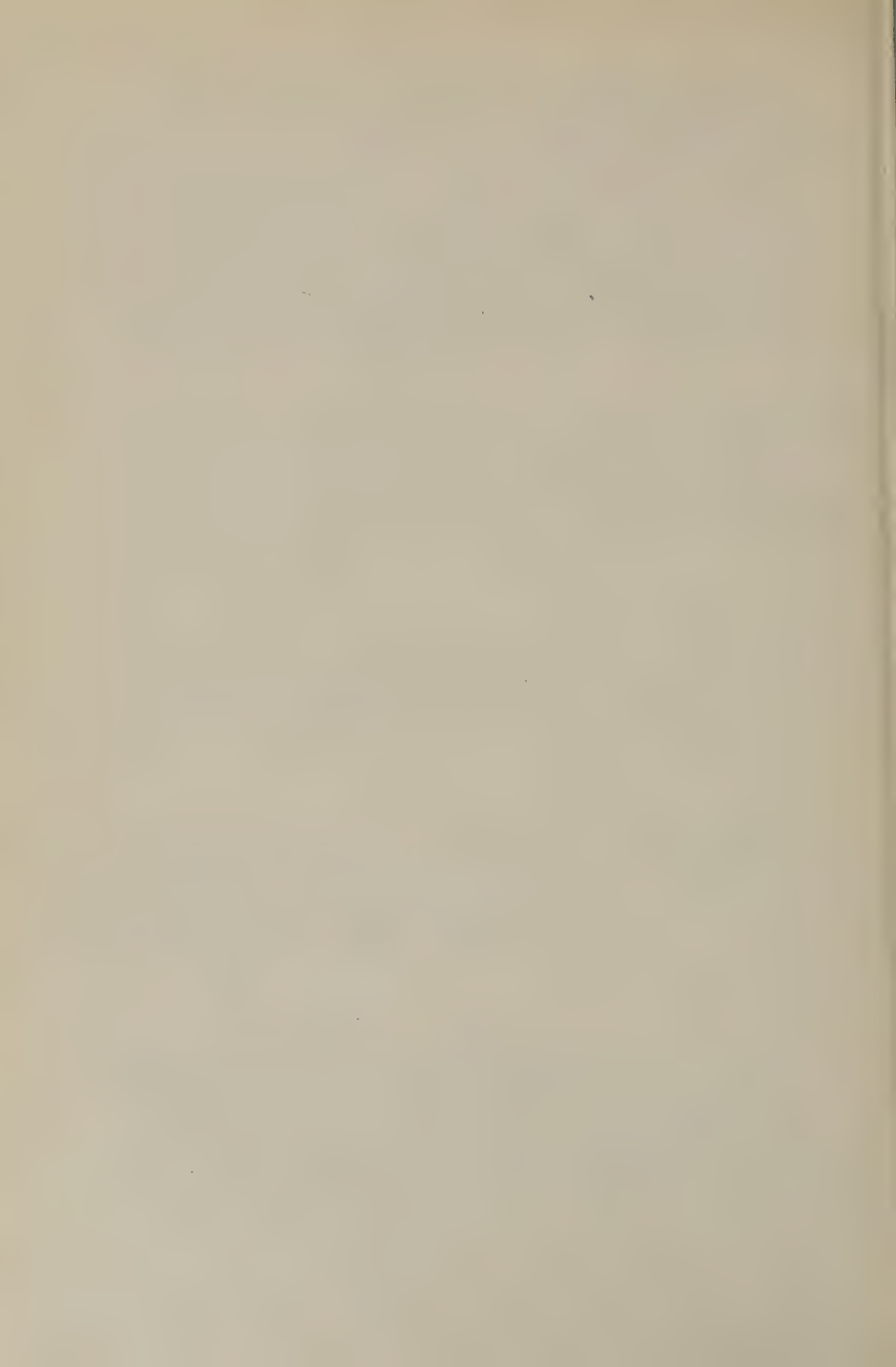
§ 4

Die Entziehung des Bergwerkseigentums erfolgt in einem besonderen Verfahren, das durch einen Beschluß eingeleitet wird, der allen dinglich Berechtigten zuzustellen ist. Wird von diesen nicht binnen eines Monats die Zwangsversteigerung des Bergwerks beantragt oder bleibt die

Zwangsversteigerung ohne Erfolg, ist das Bergwerkseigentum aufzuheben.

§ 5

Das Entziehungsverfahren kann auch dann eingeleitet werden, wenn in einem verliehenen Feld seit 30 Jahren keine Gewinnungsarbeiten mehr vorgenommen worden und auch in Zukunft nicht zu erwarten sind.



Lebenslauf

Ich bin am 10. Mai 1938 als Sohn des Dipl.-Berging. Ernst Wenzel und seiner Frau Frieda geb. Krohmann in Essen geboren und habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 7. März 1957 bestand ich an der humanistischen Abteilung des Stadtgymnasiums in Dortmund die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1957 begann ich an der Ludwigs-Maximilians-Universität in München das Studium der Rechte, das ich im Wintersemester 1959/1960 an der Westfälischen Wilhelmsuniversität in Münster fortsetzte. Vom Sommersemester 1960 bis zum Sommersemester 1961 studierte ich dann wieder in München. Am 21. August 1961 bestand ich in München die Erste Juristische Staatsprüfung. Während des sich daran anschließenden Vorbereitungsdiensts war ich bei Gerichten und Verwaltungsbehörden in Augsburg und München beschäftigt.

Am 29. September 1965 legte ich in München die Große Juristische Staatsprüfung ab. Anschließend trat ich als Finanzassessor in die Bayerische Staatsverwaltung der Finanzen ein.

